

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0096-OF

Quito, D.M., 09 de septiembre de 2021

Asunto: ABSOLUCIÓN DE CONSULTA, respecto a la elaboración de los estudios de mercado, artículo 9 Codificación y Actualización Resoluciones SERCOP, solicitado por la EMGIRS EP, mediante oficio No. EMGIRS-EP-GGE-2021-0499-O.

Señora Abogada
María Gabriela Dávila Cueva
Gerente General
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA DE GESTIÓN INTEGRAL DE RESIDUOS SÓLIDOS
Correo: ibeth.leiva@emgirs.gob.ec

De mi consideración:

En atención al oficio No. EMGIRS-EP-GGE-2021-0499-O de 18 de agosto de 2021, ingresado en esta Coordinación el 25 de agosto de 2021, suscrito por la Gerente General de la EMGIRS EP, al respecto, cúmplame indicar:

I. ANTECEDENTES:

Junto a su pedido, ha llegado como anexo, el siguiente memorando, que es el antecedente, a nuestra respuesta:

El Dr. Rommel Giovanni Orozco Alarcón, en calidad de Coordinador Jurídico de la EMGIRS, mediante memorando No. EMGIRS-EP-GGE-CJU-2021-0440-M, de 10 de agosto de 2021, emite su criterio en el siguiente sentido:

"[...] En razón del análisis efectuado, es criterio de esta Coordinación Jurídica que es procedente integrar al análisis que se realiza dentro del estudio de mercado únicamente dos proformas para determinar el presupuesto referencial, en razón de que la Resolución RE-SERCOP-2016-0116 (sic), lo que hace es exhortar a las entidades contratantes a que cuenten con al menos tres proformas, sin que esta sea una obligación, sino una sugerencia o recomendación, a fin de contar con la mayor cantidad de cotizaciones que faciliten la estructuración del estudio de mercado y como tal del presupuesto referencial [...] Así también, el cálculo para establecer el presupuesto referencial, deberá apegarse a lo que establece la Resolución RE-SERCOP-2016-0116 (sic), es decir se deberá realizar un análisis de los precios actuales para las primas de seguros de bienes generales, y considerando que los montos que constan en las dos cotizaciones difieren sustancialmente de la contratación anterior, por los cambios propios generados en razón de la libertad de mercado y la norma técnica que guía los precios establecidos como prima, se deberá trasladar a valor presente los montos de las contrataciones anteriores, y de esta manera obtener un promedio que permita establecer el presupuesto referencial. [...]"

II. ANÁLISIS JURÍDICO:

La Constitución de la República del Ecuador -CRE- establece que, las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal, podrán únicamente hacerlo dentro de las competencias y facultades que les hayan sido atribuidas por mandato legal, en correlación a lo dispuesto en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo -COA-, a través del cual se encausa el principio de juridicidad.

Resulta indispensable, señalar que las entidades contratantes enlistadas en el artículo 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública -LOSNC- para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, deben aplicar las disposiciones contenidas en la referida Ley, su Reglamento General y demás Resoluciones emitidas por el SERCOP, conforme sus necesidades institucionales y precautelando así la satisfacción de los intereses públicos; en este sentido, el artículo 99 en su parte pertinente establece que, es responsabilidad de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, así como de

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0096-OF

Quito, D.M., 09 de septiembre de 2021

los servidores que intervengan dentro del procedimiento de contratación observar la normativa legal prevista en materia de contratación pública.

El Servicio Nacional de Contratación Pública en cumplimiento de las atribuciones prescritas en el artículo 10 de la LOSNCP y el artículo 6 de su Reglamento General en adelante -RGLOSNC- , ejerce la rectoría del Sistema Nacional de Contratación Pública -SNCP-, 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 SNCP; asesorar a las entidades contratantes sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación pública.

El presupuesto referencial se encuentra definido en el número 27 del artículo 6 de la LOSNCP, que señala: *“Monto del objeto de contratación determinado por la Entidad Contratante al inicio de un proceso precontractual.”*, y guarda relación con el artículo 40 de la misma Ley, donde se indica que, es el valor que las entidades contratantes lo hayan determinado al inicio del proceso, convirtiéndose en un elemento primordial para la selección del procedimiento de contratación y un requisito sine qua non, al momento de solicitar la certificación presupuestaria, para garantizar que se cuenten con los fondos necesarios para llevar a cabo una contratación.

Por lo que, el presupuesto referencial se lo debe establecer en los estudios previos que realice la entidad contratante, de esta manera el Manual de Contratación Pública, establece lo siguiente: *“[...] Los estudios permiten a la entidad, como mencionamos, tener claridad respecto al objeto de la contratación, pues en ellos se determinan las especificaciones generales y técnicas de dicho objeto contractual, en base a lo cual podrá obtenerse el presupuesto referencial, requisito indispensable para obtener la certificación presupuestaria y poder determinar el procedimiento precontractual que corresponda [...]”*[1] (énfasis añadido).

Desde esta visión, este Servicio Nacional en cumplimiento de sus atribuciones, emitió la Resolución Externa No. RE-SERCOP-2021-0116, de 16 de julio de 2021 publicada en Registro Oficial Suplemento No. 504 de 28 de julio de 2021, con la cual se reformó el número 2, del artículo 9 de la Codificación y Actualización de Resoluciones, en el cual se realiza algunas consideraciones mínimas que debe contener un estudio de mercado, para la definición del presupuesto referencial de todos los procedimientos de contratación pública, estas son: *“1. Análisis del bien o servicio a ser adquirido: características técnicas; 2. Considerar los montos de adjudicaciones similares realizadas en los últimos dos años, previos a la publicación del proceso tanto de la entidad contratante como de otras instituciones; 3. Tomar en cuenta la variación de precios locales o importados, según corresponda. De ser necesario traer los montos a valores presentes, considerando la inflación (nacional e/o internacional); es decir, realizar el análisis a precios actuales; y, 4. Siempre que sea posible, se exhorta a las entidades contratantes a que cuenten con al menos tres proformas”*.

Lo que se busca obtener a través de un estudio previo, es la determinación clara y precisa del presupuesto referencial del objeto de la contratación; en tal sentido, esta determinación dependerá del análisis y justificativos de aplicabilidad de acuerdo a las características, naturaleza y el objeto de la contratación a realizar por parte de la propia Entidad Contratante, de conformidad a los cuatro consideraciones mínimas determinadas en el número 2 del artículo 9 ut supra; exhortando en el sub número 4, que se cuente con al menos tres proformas, sin ser una obligación de contar con tal número, pero la entidad contratante si deberá justificar que agotó todas las acciones posibles con el fin de poder obtener las misma.

III. CONCLUSIÓN

Las entidades contratantes que conforme el ámbito de aplicación establecido en el artículo 1 de la LOSNCP que actúan en virtud de una potestad estatal, deben ejercer únicamente las competencias atribuidas en la Ley y en la Constitución, en tal virtud, sus actuaciones las deben realizar en estricto cumplimiento con lo establecido en la normativa vigente.

En este contexto, antes de iniciar un procedimiento precontractual, la entidad contratante, y cada uno de sus

Oficio Nro. SERCOP-CGAJ-2021-0096-OF

Quito, D.M., 09 de septiembre de 2021

servidores son responsables de sus acciones con el fin de contar con los estudios y diseños definitivos, lo que incluye el estudio de mercado en la forma prevista en el número 2 del artículo 9 de la Codificación y Actualización de Resoluciones del SERCOP, lo que deberá estar de acuerdo al análisis y justificativos aplicables de acuerdo a las características, naturaleza y el objeto de la contratación.

Quien suscribe, lo hace debidamente autorizada por la máxima autoridad del Servicio Nacional de Contratación Pública, al amparo de lo previsto en el artículo 13 de la Resolución No. R.I-SERCOP-2018-00000459, de 20 de noviembre de 2018, reformado por el artículo 3 de la Resolución No. 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] Antonio Pérez, Daniel López y José Aguilar, Manual de contratación pública, (Quito: Corporación de estudios y Publicaciones, 2011), pág. 84.

Atentamente,

Dra. Andrea María García Benítez
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:
- SERCOP-DGDA-2021-10556-EXT

Copia:
Señor Magíster
Jhonny Roberto Simbaña Viñamagua
especialista de Asesoría Jurídica

Señor Abogado
Ricardo David Tapia Vinuesa
Asistente de Asesoría Jurídica

js/sm