

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0319-M

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2023

PARA: Sra. Mgs. Vanessa Alicia Centeno Vasco
Directora General

ASUNTO: ABSOLUCIÓN DE CONSULTA - MIDUVI- ART. 159 RGLOSNC

De mi consideración:

Mediante oficio Nro. MIDUVI-MIDUVI-2023-1154-O, de 20 de septiembre de 2023, registrado en el Sistema de Gestión Documental Quipux con N° SERCOP-SERCOP-2023-5172-EXT, la Mgs. María Gabriela Aguilera Jaramillo, Ministra de Desarrollo Urbano y Vivienda, consulta a este Servicio Nacional: “(...)sobre la aplicación del inciso final del artículo 159 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, en relación al incumplimiento de la oferta y reapertura del proceso con el mismo oferente (...)”.

Al respecto me permito indicar lo siguiente:

1. Antecedente:

El Informe Jurídico se sustentó para la consulta al SERCOP, Nro. MIDUVI-CGJ-DAJ-2023-0145-I, elaborado por el Abg. Anthony Maldonado Pozo, Servidor Público 5; revisado por el Dr. Hernán Mauricio Paredes Jiménez, Director de Asesoría Jurídica; y, aprobado por el Dr. Christian Arturo Escobar Ruiz, Coordinador General Jurídico; respecto a la Aplicación del Artículo 159 Del Reglamento a La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, concluyeron: “(...)Es criterio de la Coordinación General Jurídica que el no cumplimiento de la oferta genera el rechazo de la misma conforme lo determina el Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por esta razón se considera que al existir el rechazo a la oferta debido al no cumplimiento de los parámetros de experiencia técnica establecidos en los términos de referencia esto contraviene a los intereses institucionales, por lo que se debería emitir una resolución de inicio de un nuevo procedimiento de contratación directa, con un nuevo consultor el cual cumpla con los parámetros establecidos en relación a la Experiencia del Personal Técnico, la Experiencia General Mínima; y, la Experiencia Específica Mínima, al amparo de lo dispuesto en el artículo 159 del Reglamento a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.(...)”.

2. Competencia:

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 226, en concordancia con el artículo 82 del referido Cuerpo Constitucional y el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo, regulan bajo el principio de juridicidad las actuaciones estatales.

En ese sentido, las entidades del sector público deben efectuar sus actuaciones bajo un régimen de competencia. En este caso, la competencia debe estar otorgada de forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputarse legalmente existente. El SERCOP, al ser una entidad con facultad consultiva, es competente para absolver consultas, siempre que las mismas, en forma y fondo, se adecuen a lo establecido en el ordenamiento jurídico.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (en adelante, «LOSNC») en su

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0319-M

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2023

artículo 10, número 17 establece como atribución del Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante, «SERCOP») *“asesorar a las entidades contratantes y capacitar a los proveedores del Sistema Nacional de Contratación Pública sobre la inteligencia o aplicación de las normas que regulan los procedimientos de contratación de tal sistema”*.

3. Base jurídica. –

Constitución de la República del Ecuador

“Art. 82.- El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”.

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o 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 y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución”.

Código Orgánico Administrativo

“Art. 14.- Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código. La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho”.

“Art. 16.- Principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses. No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas a través de la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.”

“Art. 22.- Principios de seguridad jurídica y confianza legítima. Las administraciones públicas actuará (sic) bajo los criterios de certeza y previsibilidad. La actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia administración pública en el pasado. La aplicación del principio de confianza legítima no impide que las administraciones puedan cambiar, de forma motivada, la política o el criterio que emplearán en el futuro. Los derechos de las personas no se afectarán por errores u omisiones de los servidores públicos en los procedimientos administrativos, salvo que el error u omisión haya sido inducido por culpa grave o dolo de la persona interesada”.

“Art. 65.- Competencia. La competencia es la medida en la que la Constitución y la ley habilitan a un órgano para obrar y cumplir sus fines, en razón de la materia, el territorio, el tiempo y el grado”.

Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

“Art. 40.- Montos y Tipos de Contratación.- La celebración de contratos de consultoría se sujetará a las siguientes disposiciones:

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0319-M

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2023

1. Contratación directa: Cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. La selección, calificación, negociación y adjudicación la realizará la máxima autoridad de la Entidad Contratante de acuerdo al procedimiento previsto en el Reglamento a la Ley;(…)”.

Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública

“Art. 158.- Procedencia.- La entidad contratante procederá a contratar de manera directa el servicio de consultoría, cuando el presupuesto referencial del contrato sea inferior o igual al valor que resultare de multiplicar el coeficiente 0,000002 por el monto del presupuesto inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico.

El área requirente emitirá un informe motivado en el cual se determine las razones técnicas y económicas de la selección del consultor, mismo que será parte de la documentación relevante de la etapa preparatoria.”

Art. 159.- Procedimiento.- Para la contratación directa de consultoría se observará el siguiente procedimiento:

1. La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, emitirá la resolución de inicio, e invitará al consultor seleccionado; quien deberá estar habilitado en el Registro Único de Proveedores RUP y registrado en el clasificador central de productos (CPC) objeto de la contratación;

2. Se abrirá la etapa de preguntas, respuestas y aclaraciones a través del Portal de COMPRASPÚBLICAS;

3. El consultor invitado entregará su oferta técnico-económica en un término no mayor a seis (6) días contados a partir de la fecha en que recibió la invitación. La máxima autoridad, o su delegado, realizarán la evaluación, negociación y adjudicación, sobre la base de los pliegos en un término no mayor a seis (6) días, observando lo establecido en el artículo 88 del presente Reglamento;

4. Sobre la base de lo previsto en el pliego, la entidad contratante evaluará la oferta y elaborará el acta de calificación; si la misma cumple los requisitos solicitados en los pliegos, pasará a la etapa de negociación, para lo cual, se elaborará la correspondiente acta y el informe de recomendación expresa de adjudicación o declaratoria de desierto del procedimiento; y,

5. La máxima autoridad o su delegado, emitirá la resolución que corresponda.

En caso de que el consultor no acepte la invitación o no lleguen a un acuerdo en la negociación, la máxima autoridad declarará desierto el procedimiento; y de estimarlo pertinente, resolverá el inicio de un nuevo procedimiento de contratación directa, con un nuevo consultor o en su defecto optar por otro procedimiento de contratación.”

4.- Análisis jurídico. –

La consultoría es un procedimiento de contratación establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública cuya finalidad es la prestación de servicios profesionales especializados no normalizados, que tengan por objeto identificar, auditar, planificar, elaborar o evaluar estudios y proyectos de desarrollo, en sus niveles de pre factibilidad, factibilidad, diseño u operación, según lo define el artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública - LOSNCP.

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0319-M

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2023

Como ya se mencionó el procedimiento de consultoría de contratación directa, es un proceso que se efectúa con la finalidad de que el consultor se encargue de efectuar el estudio. Sin embargo, si al presentar la oferta el consultor no cumplió con lo requerido por la entidad contratante, el proceso de declarará desierto y podrá ordenarse la reapertura o el archivo del mismo.

Para el efecto ha de tomarse en consideración que, el artículo 18 numeral 1 del Código Civil, establece que: "*Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*". Esta disposición guarda armonía con el principio de juridicidad mismo que constituye el corolario de las actuaciones administrativas.

En este mismo sentido, el inciso final del artículo 159 del RGLOSNCNP, prevé dos supuestos jurídicos que imposibilitan que dentro de un proceso de consultoría se vuelva a invitar a un mismo oferente: que **el consultor no acepte la invitación o no lleguen a un acuerdo en la negociación.**

Es así que, el último inciso del artículo 159 del RGLOSNCNP refiere a la posibilidad de que el consultor invitado no acepte la invitación, es decir, que no presente la oferta en el tiempo previsto en los pliegos; ó, que habiendo presentado la oferta, en la etapa de negociación, no se llegue a un acuerdo económico; con las únicas circunstancias que taxativamente, facultan a las entidades contratantes a **el inicio de un nuevo procedimiento de contratación directa, con un nuevo consultor o en su defecto optar por otro procedimiento de contratación.**

Cualquier otra circunstancia, posibilita la invitación de contratación directa al mismo consultor.

5.- Conclusión.-

Del análisis efectuado se desprende que las dos condiciones mencionadas en el inciso en análisis, es decir, que el proveedor consultor no acepte la invitación; y, que no lleguen a un acuerdo en la negociación, son las únicas causales para que no se permita a la entidad contratante, efectuar la invitación directa al mismo consultor, en un nuevo proceso de contratación directa.

Por el contrario, es posible que se vuelva a invitar al mismo proveedor consultor; siempre y cuando no se recayera en cualquiera de las dos situaciones jurídicas contempladas en el inciso final del artículo 159 del RGLOSNCNP, citadas en el párrafo precedente; toda vez que, el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala de manera taxativa en qué casos no procede la invitación directa al mismo consultor, sin que esto esté sujeto a interpretación.

La presente respuesta se emite según lo dispuesto en el artículo 10 número 17 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, limitándose a la inteligencia y aplicación de la Ley, su Reglamento General de aplicación, y la Normativa Secundaria del Sistema Nacional de Contratación Pública –SNCP, 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 o proveedores del Estado.

Se aclara que el criterio vertido por esta Coordinación se fundamenta en el marco y cumplimiento de las atribuciones conferidas a través del Estatuto Orgánico del SERCOP y en lo previsto en el artículo 122 y 123 del Código Orgánico Administrativo, por lo que no constituye orden o instrucción alguna.

Memorando Nro. SERCOP-CGAJ-2023-0319-M

Quito, D.M., 25 de septiembre de 2023

Por lo expuesto, remito a usted, de acuerdo a la sumilla inserta en la petición, para que ponga en conocimiento de la Máxima Autoridad de la entidad requirente de la absolución de consulta.

Particular que comunico para los fines pertinentes.

Atentamente,

Documento firmado electrónicamente

Mgs. Verónica Lucía Jama Falconí
COORDINADORA GENERAL DE ASESORÍA JURÍDICA

Referencias:

- SERCOP-SERCOP-2023-5172-EXT

Anexos:

- 19-09-2023_informe_jurídico_para_consulta_al_sercop-signed-signed-signed.pdf

Copia:

Sra. Mgs. Gabriela Lisseth Llerena Velez
Directora de Asesoría Legal y Patrocinio

Sr. Dr. Christian Arturo Escobar Ruiz
Coordinador General Jurídico

nv/gl