



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Carrera de Derecho

**PROPUESTA LEGISLATIVA DE
INCORPORACION DE LAS CONSULTAS
PRELIMINARES EN LA FASE PREVIA DE LOS
PROCEDIMIENTOS DE LA (LOSNCP)**

Autor:

José David Granda Pullaguari

Director:

Javier Cordero López

Cuenca – Ecuador

2023

DEDICATORIA

Va dedicado a mi 10 de agosto, a mi 13 de mayo y a mí 6 de febrero, son fechas que llenaron mi existencialismo al crecimiento personal, fueron circunstancias de constante cambio y de renacimiento hasta el presente y hasta el culmino de mi aventura.

AGRADECIMIENTO

Mi gratitud imperecedera a mi querido y amado zurdo por jamás rendirse conmigo, a mi querida madre por su ayuda y esfuerzo, a mi gran apreciada Blanca por sus cuidados y a mis hermanos que son la razón principal de mis alegrías y esfuerzos, así también con gratitud perpetua a mis tíos Esther y Juan José, así como a mi más querida prima Elena por su apoyo constante.

A mi amada provincia del Oro y mi querida de ciudad Machala, por ser más que mi patria mi raíz, más que mi suelo mi matriz donde aprendí a parir pensamientos y me fue pintando el camino, a mi amada cancha de la Roldós, por regalarme a mis grandes amigos y seres queridos con especial mención a; Emma, Jorge, Andrés, Cristhian, Reyes, Duncker, Kevin, Alexander, Minuche y Brando, por siempre estar en los mejores y peores momentos.

Así como también a todos aquellos que fueron parte de este gran viaje en mi formación académica, tanto profesores, como alumnos, que más que compañeros, fueron amigos fraternos.

Así, como a todos aquellos que contribuyen a la academia, para forjar los pensamientos que nos permitirán en algún futuro estructurar las bases de nuestra malla epistemológica.

Por último, a mi bella computadora, que me acompañó desde el inicio hasta el culmino de mi bella carrera, gracias por ser tan constante y duradera.

RESUMEN:

Este trabajo busca identificar si las consultas preliminares del mercado pueden ser una alternativa para fomentar la transparencia y evitar actos de corrupción que vulneren principios de publicidad, competencia e igualdad de trato.

Por lo tanto se busca la comprensión de las etapas de contratación pública, en especial en la fase previa o preparatoria, además de los procedimientos precontractuales que rigen en nuestra legislación, fomentando el uso de esta herramienta frente a contratos de suma complejidad donde se requiera el uso de tecnología, acudiendo al criterio actualizado del mercado a través de varios operadores los cuales otorgaran soluciones a las necesidades de los órganos demandantes estableciendo criterios que servirán para la elaboración de los pliegos, de ofertas y criterios de adjudicación.

Palabras clave: consultas preliminares, competencia, corrupción, etapa previa, estudio de mercado, objeto contractual, transparencia.

A handwritten signature in blue ink, appearing to be 'J. David Granda Pullaguari', written on a light-colored surface.

FIRMA: JOSÉ DAVID GRANDA PULLAGUARI

ABSTRACT:

This work seeks to identify whether preliminary market consultations can be an alternative to promote transparency and avoid acts of corruption that violate principles of publicity, competition and equal treatment.

Therefore, the understanding of the public contracting stages is sought, especially in the preliminary or preparatory phase, in addition to the pre-contractual procedures that govern our legislation, promoting the use of this tool against highly complex contracts where the use of technology, resorting to the updated criteria of the market through several operators which will provide solutions to the needs of the requesting bodies, establishing criteria that will be used for the elaboration of the specifications, offers and award criteria.

Keywords: preliminary consultations, competition, corruption, previous stage, market study, contractual object, transparency.

Translated by:



JOSÉ DAVID GRANDA PULLAGUARI



INDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
RESUMEN	IV
INDICE	VI
INTRODUCCIÓN.....	VIII
CAPÍTULO 1. PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES Y TIPOS DE CONTRATOS ESTABLECIDOS EN LA LOSNCP.....	1
1.1. Generalidades (Sujetos Intervinientes y Órganos de Control).	1
1.2. Clasificación de los procedimientos	4
1.2.1 Procedimientos Dinámicos	4
1.2.2.- Procedimientos Comunes	9
1.2.3 Procedimientos Excepcionales	13
1.2.4 Procedimientos especiales	15
1.2.4 Concepto y características del contrato.....	23
CAPÍTULO 2	28
2. FASES DE TODO PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.....	28
2.1 Fase Previa (Generalidades).	28
2.1.1 Plan Anual de Contrataciones	28
2.1.2 Elaboración de Estudios, Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia.	29
2.1.3 Presupuesto referencial y certificación presupuestaria.....	32
2.1.4 Los Pliegos del Proceso	34
2.2 Fase Precontractual (Generalidades)	36
2.2.1 Resolución de inicio e invitación al procedimiento precontractual.....	36
2.2.3 Aclaración y modificación de los pliegos	38
2.2.4 La presentación de la oferta	40
2.2.5 Convalidación de Errores	40
2.2.6 Evaluación y adjudicación o declaratoria de desierto	42
2.3 Ejecución contractual (Generalidades)	47
3 CAPÍTULO	55
3: LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO COMO REQUISITO PREVIO PARA DETERMINAR LA NECESIDAD, OBJETO Y MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES CONTRATANTES.....	55

3.2 Objetivo de las consultas preliminares	56
3.2.1 Incidencia en la correcta preparación de los pliegos	56
3.2.2 Información a los operadores económicos sobre el posible procedimiento de contratación.....	61
3.3 Regulación de las preguntas preliminares del mercado en la legislación ecuatoriana	63
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	79
4.1. Conclusiones	79
4.2 Recomendaciones.....	81
BIBLIOGRAFÍA	83
REFERENCIAS.....	86

INTRODUCCIÓN

La herramienta más importante que tiene la administración pública para poder materializar las necesidades de la sociedad, es precisamente la disciplina de la contratación pública, es a través de ella que las instituciones públicas pueden adquirir bienes y servicios y ejecutar obras con el fin de buscar el desarrollo social.

Es así que se ha buscado implementar de manera constante formas innovadoras de llevar a cabo los contratos públicos, buscando siempre la mayor eficiencia y eficacia, además de términos por los cuales fijar la necesidad y el objeto contractual, para a través de esto establecer un análisis correcto de como llevar a cabo el contrato público, priorizando el correcto gasto de los fondos públicos, es por ello que en la época actual el estado ha visto necesario incorporar los progresos científicos en el área tecnológica, usando herramientas electrónicas para llevar a cabo los procedimientos precontractuales al momento de querer satisfacer una necesidad, incorporando herramientas e instrucciones jurídicas que vayan acorde al progreso tecnológico, buscando así que los procedimientos sean transparentes.

Una de las figuras jurídicas que va acorde a la tecnología y la concurrencia de los expertos en diferentes áreas de conocimiento para satisfacer una necesidad son las consultas preliminares del mercado, herramienta que se ha visto excepcionalmente relevante frente a contratos complejos y tecnológicos, sin dejar de tener gran incidencia en otros procedimientos de contratación pública.

CAPÍTULO 1. PROCEDIMIENTOS PRECONTRACTUALES Y TIPOS DE CONTRATOS ESTABLECIDOS EN LA LOSNCP

1.1. Generalidades (Sujetos Intervinientes y Órganos de Control).

Generalidades

En nuestra legislación la incorporación de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación pública (LOSNCP), ha marcado, sin lugar a dudas, un cambio sustancial y ha introducido importantes modificaciones al ordenamiento jurídico que regulan las compras y contratos públicos del Ecuador y sus instituciones, ya que ha modernizado el sistema aplicable, no sólo porque introduce la utilización de nuevas tecnologías y sus herramientas, sino también porque ha establecido nuevas figuras y definiciones jurídicas, mismos que han ocasionado que se modifique el chip, ya que cambia radicalmente la forma en que se entendía y se manejaba los asuntos respecto a esta materia.

Los cambios más significativos que tuvo la LOSNCP, ha sido el poder unificar en gran medida toda la legislación concerniente a la contratación pública en un solo cuerpo normativo, evitando así una dispersión normativa que entorpecía los procesos, permitiéndonos de esta manera el hecho de tener guías claras sobre cada procedimiento lo cual permite ajustarse a las nuevas realidades que se presentan día a día en la contratación pública.

Por eso fue acertado por parte de la nueva legislación el crear herramientas como el portal de compras públicas, así como también se crea el Servicio Nacional de Contratación Pública (en adelante SERCOP) y el Registro Único de Proveedores (en adelante RUP). Las instituciones públicas están obligadas a planificar sus contrataciones de conformidad al Plan Anual de Contratación Pública (en adelante PAC), mediante el cual se ha visto un avance respecto a la optimización de recursos y su adecuada ejecución.

La implementación de estas modificaciones es radical y se evidencia con respecto las regulaciones normativas pasadas, la forma en que antes se dependía únicamente monto de los contratos para establecer los procedimientos, ahora con la nueva ley, no se toma en cuenta sólo este aspecto, sino también al objeto contractual, lo cual permite establecer los requisitos y herramientas necesarias para cada contrato y así generar procedimientos más ágiles, todos estos aspectos han permitido democratizar la contratación pública, logrando transparentar en gran

medida los procedimientos, dando como resultado una mayor credibilidad y confianza en la ciudadanía respecto al rol que cumple el burócrata en el ejercicio de sus funciones respecto a esta materia.

La expedición de la LOSNCP, ha hecho que se reconozca la relevancia de la contratación pública y que tenga más trascendencia en el área del derecho administrativo de nuestra legislación. Y no debería ser de otra manera, ya que a nivel global se ha demostrado la importancia de las compras públicas, siendo el motor de la economía nacional e internacional, ya que el estado es el mayor comprador y contratante, pues a través de estos procedimientos puede satisfacer las necesidades públicas.

Sujetos Intervinientes

En los procedimientos de contratación pública, siempre tendremos dos partes muy bien identificadas, por un lado, está el estado en su sentido amplio, es decir toda la Administración Pública sea esta central o seccional; y por otra parte tenemos a los interesados o proponentes ya sean personas naturales o jurídicas de derecho privado, sean estos nacionales o extranjeros. En caso que ambos sean sujetos públicos, se seguirá un régimen especial.

El sujeto público o estatal en esta relación contractual se denomina contratante, mientras que la parte privada toma el nombre de particular o contratista.

Esta relación se establece mediante una convocatoria a través de la cuál la administración presenta un anuncio para que todos los posibles y potenciales proveedores puedan presentar sus ofertas y al momento que se cierre la presentación de todas las ofertas, se sabrá quien se convierte en oferente.

William López define a la convocatoria como:

” El acto por el cual la administración exterioriza su intención de contratar, haciendo un llamado público a todos los interesados en el proceso de contratación para que presenten sus ofertas con sujeción a la ley y los pliegos aprobados por el ente estatal” (López, 2018, p. 31).

El ente público anuncia los posibles procedimientos, en donde el particular por su propio interés, puede participar a título personal, a través de una asociación, o de un consorcio,

y en razón del momento de la intervención en los diversos procedimientos que contempla la ley, adquiere procedimentalmente ciertas denominaciones específicas.

Interesado: Se refiere a cualquier persona que tenga interés en participar en procedimiento de contratación pública.

Las entidades tienen la obligación de publicar sus planes domésticos de contratación, que pretendan llevar a cabo a lo largo del año fiscal y como esto está a la vista a de todo el mundo, se puede acceder a esta información por medio del portal electrónico, por lo tanto, el particular puede enterarse de lo que busca la administración y se puede convertir por ello en un potencial interesado en participar y eventualmente convertirse en contratista del estado.

Oferente: De solo interesarse, de un paso más adelante y ya decide participar, aquí es donde analiza a profundidad su situación personal y la de su empresa, examina la posibilidad de asociarse con alguien más para llenar algún vacío que tuviere, en base a esto conjetura y establece si está en la posibilidad de presentar ya una oferta competitiva como tal contra el reclamo que hace a través de una invitación o convocatoria de la entidad contratante. Y en efecto, en función de lo exigido en los pliegos de contratación ya presenta su oferta.

Adjudicatario: Una vez que ha presentado las ofertas la entidad contratante iniciará inmediatamente su análisis, este análisis está atribuido en conformidad con el procedimiento, con la cuantía, a un determinado órgano de la entidad, en ciertos casos ese análisis la ley le atribuye a la máxima autoridad de la entidad contratante, pero en la práctica nunca lo hace la máxima autoridad, porque considera que no es un trámite de mucha importancia, o lo más común no dispone tiempo para hacerlo, por lo tanto delega a un jerárquico inferior este oficio.

Una vez que la entidad toma una decisión con respecto a una oferta que ha cumplido con todas sus exigencias, el oferente pasa a ser adjudicatario, sin embargo, en otras ocasiones puede pasar al archivo, cancelación o declaratoria de desierto del procedimiento.

Órganos de control

La LOSNCP, ha estructurado un sistema de publicidad forzoso para todas las instituciones públicas en su (Art.17), el cual dispone:

” Art. 17.-Publicidad de la Información. - La información del RUP será pública y estará disponible en el Portal COMPRASPUBLICAS. Las Entidades Contratantes no podrán

llevar registros adicionales ni exigir a sus oferentes o proveedores la presentación de los documentos ya solicitados para la obtención del RUP. Los proveedores serán responsables de la veracidad, exactitud y actualidad de la información entregada para la obtención del RUP y deberán informar al Servicio Nacional de Contratación Pública sobre cualquier cambio o modificación en los plazos que señale el Reglamento” . (LOSNCP, 2021)

Este control corresponde al Instituto Nacional de Contratación Pública, el cual se hará a través de la página web “compraspublicas.gob.ec”, definido como “Sistema Informático Oficial de Contratación Pública del Estado ecuatoriano”.

El control de todos los contratos le corresponderá a la Contraloría General del Estado y la Procuraduría General del Estado, el Servicio Nacional de Contratación Pública, está en la obligación de informar cualquier incidencia o infracción cometida en los procedimientos de contratación pública a estos organismos.

1.2. Clasificación de los procedimientos

1.2.1 Procedimientos Dinámicos

Estos procedimientos se dan en razón de tener una ley que busca implementar herramientas tecnológicas, en base al principio de Vigencia Tecnológica y Trato Justo, es así que el procedimiento dinámico es una modalidad que permite adquirir bienes y servicios a través de plataformas tecnológicas y digitales, buscando una mayor transparencia y eficiencia por parte de la administración, ya que fomenta la competencia y agiliza los procedimientos de compra y contratación.

Francisco Hernández (2015) en su investigación los procedimientos dinámicos como herramienta de gobernanza electrónica nos indica que” los procedimientos dinámicos son importantes como herramienta para la gobernanza electrónica, porque permite la participación de los ciudadanos y la administración pública al mismo nivel en los procesos de contratación pública por medios electrónicos”. (Hernández F. , 2015).

Uno de los puntos más relevantes de este procedimiento es la obligación de normalizar tanto los bienes o servicios que se pretenda adquirir, todo bien o servicio normalizado se deberá

adquirir mediante procedimiento dinámico, solo en caso que estrictamente no se pueda, o se haya declarado desierto el mismo, solo ahí se optara por otro procedimiento.

La aplicación de este procedimiento ha dado como resultado que los bienes y servicios que son más demandados en el mercado sean adquiridos a menor costo, ya que no hay la necesidad de realizar ciertos procesos precontractuales como antes, lo cual mengua los plazos y precios.

La LOSNCP, así como su reglamento, determina cuáles son los procedimientos dinámicos, y el orden en que deben ser aplicados: primero las Compras por Catálogo y segundo la Subasta Inversa Electrónica.

Compras por Catálogo

Es un modelo de compra a través del portal de compras públicas, el cual se realizará en línea o de forma electrónica, siendo una herramienta de registro donde constan todos los bienes y servicios normalizados, es decir todos aquellos que se encuentren estandarizados por que cumplen con la “ficha técnica”, que son criterios de selección, en el cual se cumplen exigencias respecto a las características físicas, distintivas y especificaciones técnicas y generales, por lo que cumple con todo lo necesario para suplir la necesidad de las entidades contratantes y al cumplir con todas estas exigencias pueden ser adquiridos de manera directa, solo teniendo que verificarse el precio y la forma de pago, así como el tiempo estimado de entrega del producto o servicio.

Con antelación al procedimiento de compra por catálogo electrónico, es necesario la celebración de un convenio marco, el cual tiene como finalidad la selección de proveedores, cuyos bienes y servicios normalizados serán incorporados y ofertados en el catálogo electrónico.

Para poder aplicar el procedimiento de compra por catálogo deberá cumplirse con siguientes requisitos:

1. Que exista la necesidad de adquirir bienes y servicios normalizados por parte de la Administración.

2. Y que estos bienes y servicios consten en el catálogo electrónico y que a su vez se encuentren disponibles en el portal de compras públicas, celebrado con antelación en el convenio marco.
3. En caso de que los bienes y servicios que se pretende comprar no consten en el catálogo, porque la administración no ha celebrado convenios marco respecto a estos productos, se podrá realizar la subasta electrónica.

Al respecto Poveda (2020) menciona que:

” Cuando las entidades públicas se enfrentan ante la necesidad de adquirir bienes y servicios normalizados, inicia siempre por las compras por catálogo, de modo que las entidades deben consultar primero el catálogo electrónico y el dinámico inclusivo para verificar si los bienes y servicios están incluidos y solo en el caso de que no estén, aplicar otro procedimiento precontractual, como la ínfima cuantía, considerando el monto límite y la posible repetición dentro del ejercicio, como lo veremos más adelante, u otro dinámico, como la subasta inversa electrónica. ” (p. 29)

Subasta Inversa Electrónica

Nuestro Sistema de Contratación Pública inspirado en la legislación chilena incorporó la Subasta Electrónica, la cual es un procedimiento precontractual, que se aplicará en casos donde los bienes y servicios normalizados que se pretenda adquirir no se encuentren en el catálogo, como se mencionó anterior apartado y cuya cuantía supere el 0.0000002 del Presupuesto Inicial del Estado.

Cabe aclarar que para poder participar en todo procedimiento de contratación pública, es necesario la obtención del RUP, salvo casos especiales y específicos, que son materia de análisis aparte, pero respecto a la subasta inversa es imperativo su obtención.

Ya que así lo determina nuestra normativa, para mayor entendimiento se procederá a transcribir de manera completa el artículo 47 de LOSNCP:

” Art. 47.-Subasta Inversa. - Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del

Portal de COMPRAS PÚBLICAS. Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRAS PÚBLICAS para que se realicen las auditorías correspondientes. De existir una sola oferta técnica calificada o si luego de ésta un solo proveedor habilitado presenta su oferta económica inicial en el portal, no se realizará la puja y en su lugar se efectuará la sesión única de negociación entre la entidad contratante y el oferente. El único objetivo de la sesión será mejorar la oferta económica. Si después de la sesión de negociación se obtiene una oferta definitiva favorable a los intereses nacionales o institucionales, la entidad procederá a contratar con el único oferente. ” (LOSNC, 2021, art 47)

El Reglamento a la presente Ley establecerá los procedimientos y normas de funcionamiento de las subastas inversas.

Para participar de cualquier mecanismo electrónico en el portal se tiene que estar registrado en el RUP.

Este procedimiento cuenta con dos fases, ya que es necesario realizar las siguientes operaciones:

1. En la primera fase se deberá evaluar la capacidad que tienen los proveedores para establecer una relación jurídica contractual con el estado, en razón de querer adquirir bienes y servicios normalizados y su vez se observará el cumplimiento de las exigencias que ha impuesto la Administración, para dicho contrato.
2. Y en la segunda fase deberá observarse la puja hacia la baja, dicha diligencia se puede realizar con un acto público o puede llevarse de manera electrónica a través del Portal.

La subasta inversa es un procedimiento bastante largo, que consta de ciertos matices que se deben cumplir a menester, por lo tanto me veo en la necesidad de realizar un cuadro ilustrativo en el cual se puede visualizar las diferentes operaciones que se debe realizar en cada fase de la subasta electrónica:

FASES DE LA SUBASTA INVERSA ELECTRÓNICA

Primera Fase	Segunda Fase
1.- Que la contratación requerida se	1- Se inicia la puja y los oferentes están en la

encuentre en el PAC.	obligación de presentar sus ofertas las cuales deberán cumplir con aspectos técnicos y económicos. Caso omiso que participe o no tendrá sanciones por no ajustarse a los parámetros.
2.- Elaboración de Pliegos tomando en cuenta los modelos emitidos por el SERCOP	2.- Obligación de realizar un informe de resultados elaborado por la Comisión Técnica.
3.-Resolución de inicio Motivada y suscrita por la máxima autoridad o delegado de la entidad contratante.	3.- Adjudicación a la mejor oferta, en base a la calidad y precio.
4.-Contar con el certificado de fondos.	4.- El criterio de mejor costo deberá contar en los pliegos.
5.-La convocatoria que deberá contener: <ul style="list-style-type: none"> - Cronograma - Presupuesto Referencial - Fecha y hora para subir las ofertas técnicas. - Fecha y hora para las ofertas económicas - Fecha y hora del inicio de la puja. - Fecha de Adjudicación. 	5.- El contrato se celebrará con el oferente adjudicado.
6.- Presentación de acta en la cual conste que los proveedores cumplen con las exigencias y requisitos establecidos por la entidad, los cuales han sido calificados y habilitados para participar en la segunda fase.	6.- Declaración de desierto en caso de ajustarse a los parámetros que buscaba la entidad.

Tabla ilustrativa de las fases de la subasta inversa electrónica (Granda, 2023)

A manera sucinta se abordado el procedimiento de subasta inversa, ya que es un apartado bastante extenso, que sería tema de análisis de otro trabajo de investigación, en caso de dudas sobre su regulación y procedimiento de cada acto y operación recomendando dirigirse a la LOSNCP y al RLOSNCP, así como las resoluciones No 020-09 y 038-09, emitidas por el SERCOP.

1.2.2.- Procedimientos Comunes

Los procedimientos comunes en nuestra legislación se encuentran a partir del artículo 48 de la LOSNCP y se encuentran expresamente establecidos en el artículo 10 del RLOSNCP.

- Licitación
- Cotización
- Menor cuantía
- Infima Cuantía.

“Todos los procedimientos comunes se aplican a las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, o que siendo normalizados su proceso dinámico no tuvo éxito, y a la ejecución de obras, correspondiéndole dependiendo de los presupuestos referenciales” (López Suárez, Pérez, & Aguilar, 2016, p. 171).

Licitación

Este procedimiento se da en la fase precontractual, es sumamente complejo y de larga duración, por su propia naturaleza y en razón de su cuantía, la acción de licitar consiste en concursar el precio sobre la ejecución de una obra, la adquisición de un bien o servicio, cumpliendo la características de calidad exigidas.

Logacho (2015) menciona que en base al artículo 48 de ley reformativa de la LOSNCP, este procedimiento será utilizado en los siguientes casos en concreto:

” 1.- Primero, cuando ha sido imposible aplicar los procedimientos dinámicos o cuando al haber sido aplicados, estos han sido declarados desiertos, siempre que su presupuesto referencial sea mayor al valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el presupuesto inicial del Estado.

2.- Segundo, cuando se trate de la adquisición de bienes y servicios no normalizados excepto la consultoría, cuyo presupuesto referencial supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000015 por el presupuesto inicial del Estado.

3.- Y tercero, para la ejecución de obras cuyo presupuesto referencial supere el valor que resulte de multiplicar el 0,00003 por el presupuesto inicial del Estado. ” (LOSNC , 2021 , Art 48)

Será menester conformar una comisión técnica, una vez conformada la misma se procederá a la elaboración de los pliegos, cuando se culmine la realización de los pliegos se procederá a la convocatoria a través del portal. Además deberá constar la concurrencia de determinadas funciones públicas como el Director Financiero y el Director Jurídico del Ente, los cuales actuarán de manera muy particular, ya que se les concede voz, pero no pueden votar.

Cotización

Al ser un procedimiento que se da en la etapa precontractual y al ser este un procedimiento común, se aplicará en los mismos casos que el de licitación, pero con ciertas particularidades o diferencias respecto al desarrollo del mismo.

Es necesario hacer hincapié de que anteriormente a la reforma que se hizo en el 2013 este procedimiento sólo permitía la participación de 5 proveedores los cuales eran elegidos por sorteo, es evidente que violentaba los principios de igualdad, competencia y concurrencia, gracias a la reforma ahora pueden concurrir a participar todos los proveedores que se encuentre en el RUP, lo cual es una reforma acertada.

De acuerdo al artículo 50 de la LOSNCP, deberá emplearse la cotización en los siguientes casos:

1. ” Cuando ha sido imposible aplicar los procedimientos dinámicos o cuando al haber sido aplicados, estos han sido declarados desiertos siempre que su presupuesto referencial fluctúe entre el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000002 y 0,000015 por el presupuesto inicial del Estado.
2. Deberá ser aplicado para la ejecución de obras cuyo presupuesto referencial oscile entre el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000007 y 0,00003 por el presupuesto inicial del Estado.

3. Para la adquisición de bienes y servicios no normalizados excepto los de consultoría, cuyo presupuesto referencial oscile entre 0,000002 y 0,000015 del presupuesto inicial del Estado” . (LOSNC, 2021 , Art 50)

Una de las particularidades de este procedimiento es que la entidad contratante se encuentra en la obligación de seleccionar el lugar donde se ejecutará la obra o donde se van recibir los bienes y servicios, en caso de tratarse de varios cantones, deberá señalarse el cantón de mayor incidencia económica de inversión, en caso de selección incorrecta se invalidará el proceso precontractual, por lo que deberá ser cancelado y declarado desierto.

Otra consideración a tener en cuenta es la preferencia de que se tiene por un proveedor cuando este se encuentra domiciliado en el lugar donde se va a llevar a cabo el procedimiento sea persona natural o jurídica, en el caso de ser persona jurídica se considera domiciliada en el lugar cuando su oficina principal o matriz se encuentra en el cantón que se va a realizar el procedimiento.

Menor Cuantía

Este es el procedimiento común que más dista de los anteriores, ya que si bien se aplica cuando no se ha podido implementar el dinámico siguiendo las mismas reglas de este, a diferencia de los demás de régimen común, acá se puede contratar de forma directa, lo cual es un cambio muy diferencial respecto a la licitación y cotización.

Casos en los que se aplica la menor cuantía en base al artículo 51 de la LOSNC:

“1. Las contrataciones de bienes y servicios no normalizados, exceptuando los de consultoría cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. 2. Las contrataciones de obras, cuyo presupuesto referencial sea inferior al 0,000007 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. 3. Si fuera imposible aplicar los procedimientos dinámicos previstos en el Capítulo II de este Título o, en el caso que una vez aplicados dichos procedimientos, éstos hubiesen sido declarados desiertos; siempre que el presupuesto referencial sea inferior al 0,000002 del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico. ” (LOSNC, 2021 , Art 51)

Solamente se podrá contratar de forma directa en el caso del numeral 1 y 3, en la ejecución de obra será necesario que el proveedor esté registrado en el RUP, a diferencia de la adquisición de bienes y servicio en el cual el proveedor no necesita estar registrado, sin embargo, estos deberán inscribirse en el RUP, previa a la suscripción de sus respectivos contratos, para llevar a cabo el procedimiento de contratación de forma directa será necesario contar por lo menos con tres proformas.

Otro punto importante respecto a ejecución de obra en este procedimiento, es que si al momento de la publicación se tuviera este tipo de contratos con otra entidad, será necesario que dichos montos no igualen o superen el coeficiente establecido en el numeral 2 del artículo 51 de la LOSNCP.

Ínfima Cuantía

Este procedimiento es el de contratación directa por excelencia, tanto que tiene un tratamiento especial referente a los documentos que se sube al Portal de Compras Públicas, ya que la entidad contratante sólo está obligada a subir las facturas de los gastos que ha incurrido, además de ello se diferencia completamente de los procedimientos comunes aun siendo uno de ellos, ya que este se aplica para bienes y servicios normalizados y no normalizados, el hecho de que se contrate de forma directa es que son de bajísima cuantía.

Poveda (2020) menciona:

“Este procedimiento nace por Sistema Nacional de Contratación Pública para remediar el error del legislador, de llevar procedimientos muy complejos y desproporcionados, para adquirir los objetos de contratación, siendo estos de cuantía muy baja. Esta modalidad de contratación se encuentra regulada en el artículo 52.1 de la LOSNCP, en el RLOSNCP a partir del artículo 149, así como en la resolución No. 062-2012 la cual nos señala en qué casos se aplicará y en la resolución No. 072-2016 con respecto a su procedimiento.” (p . 2020)

La resolución INCOP No. 062-2012 de fecha 30 de mayo de 2012, señala cuándo se hará uso de la ínfima cuantía, que será tres circunstancias:

- “La primera, para contratar bienes y servicios normalizados siempre que no consten en el catálogo electrónico.

- Segunda, cuando la adquisición no haya sido planificada por lo tanto que no conste en el PAC.
- Tercera, aunque conste en el PAC no constituya un requerimiento constante y recurrente durante el ejercicio fiscal, que pueda ser consolidado para realizar una sola contratación, cuyo presupuesto no supere el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,0000002 por el presupuesto inicial del Estado. ” Resolución No. 062-2012 de mayo del 2012 [Instituto Nacional de Contratación Pública]

Esta modalidad de contratación se perfecciona con la entrega de la factura, por lo tanto no necesita la suscripción del contrato, para evitar la elusión de saltarse procedimientos precontractuales la entidad estará en la obligación de remitir informes de manera trimestral de todos los contratos que ha realizado por esta modalidad así como el nombre de los contratistas, con respecto a los contratistas la entidad tiene la obligación de observar que no se encuentren inhabilitados o bajo prohibición para contratar con el estado.

Con respecto a las obras el artículo 52.1 de LOSNCP, nos detalla solamente se podrá emplear esta modalidad para:

- Reparación
- Refacción
- Remodelación
- Adecuación
- Mantenimiento
- Mejora de la construcción o infraestructura.

Para estos casos, la entidad no hará el cálculo tomando en cuenta las actividades individuales, si no que la cuantía se calculará en razón de todas las actividades ejecutadas, si el objeto contractual es distinto a estos casos, será necesario aplicar el procedimiento de menor cuantía.

1.2.3 Procedimientos Excepcionales

En este tipo de contratación no se aplicarán los procedimientos precontractuales comunes, ya que por su naturaleza no se puede seguir los mismos lineamientos al momento de querer adquirir bienes, servicios y la ejecución de cualquier tipo de obra. La razón radica en la necesidad de que estos procedimientos se lleven de manera más ágil, o del hecho de que

solamente un proveedor pueda satisfacer la necesidad, o por asuntos respecto a confidencialidad, por lo tanto, tendrá un procedimiento específico.

El Dr. William López Arévalo, en su libro Tratado de Contratación Pública, establece que “los procedimientos contemplados en régimen especial: Son procedimientos de contratación que tienen el carácter de excepcional, pues se sujetan a una normativa específica dictada por el presidente de la República en el Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que comprende a determinadas contrataciones” (López, 2013, p. 318).

Al seguir un régimen específico el proceso de selección para adjudicar el contrato no se sujeta a los procedimientos comunes, sin embargo, deberá cumplir con todos los requisitos previos para iniciar cualquier tipo de procedimientos, como los requisitos de idoneidad, así como de ejecución como los siguientes:

- Los oferentes deberán constar en el RUP.
- Deberá contar con los requisitos previos a cualquier etapa precontractual como: Certificación presupuestaria; que conste en el PAC; que se tenga los estudios completos, especificaciones técnicas, presupuestos actualizados, incluyendo los documentos técnicos que justifiquen la contratación.
- Deberán ser tramitadas a través del portal, posteriormente se publicará la información respecto a este procedimiento.
- Las contrataciones de régimen especial, cuando sea necesario podrán ser declaradas de emergencia.

Los procedimientos de régimen especiales se encuentran contemplados en la LOSNCP en su artículo 2, así como el RGLOSNCP en su artículo 10, numeral 3, establece cuales son:

- ¡ “ a) Adquisición de fármacos y otros bienes estratégicos;
- b) Asesoría y patrocinio jurídico;
- c) Comunicación social;
- d) Contrataciones con empresas públicas internacionales;
- e) Contrataciones entre entidades públicas o sus subsidiarias;

- f) Obra artística, científica y literaria;
- g) Repuestos o accesorios y proveedor único;
- h) Sectores estratégicos;
- i) Transporte de correo interno o internacional;
- j) Contratos de instituciones financieras y de seguros del Estado;
- k) Empresas públicas mercantiles, sus subsidiarias y empresas de economía mixta; y,
- l) Contrataciones realizadas por el Banco Central del Ecuador.” (RGLOSNC, 2022 , Art 10 , n 3)

Cada una de estas contrataciones tiene su tratamiento específico, por lo tanto, me es imposible profundizar en cada una de ellas, ya que ameritaría otro trabajo de investigación respecto a ellas, por sus propias particularidades e intensidad respecto a su procedimiento, sin embargo, en capítulos posteriores se procederá al análisis, respecto a la adquisición de fármacos, ya que está íntimamente relacionado con las consultas preliminares del mercado.

1.2.4 Procedimientos especiales

Los procedimientos especiales están desarrollados en la LOSNCP a partir del Capítulo V, y en el artículo 10, numeral 4 se especifica cuáles son este tipo de contrataciones, los cuales son:

Adquisición de bienes inmuebles:

Para dar inicio a este tipo de contratación se deberá en establecer la declaratoria de utilidad o de interés social, este es un procedimiento que no se da por el mutuo acuerdo de las partes, por lo tanto, la entidad puede disponer directamente del bien para poder satisfacer sus necesidades, en lo cual solo tendrá que establecerse el valor apagarse atendiendo parámetros del justo precio, sin embargo, la determinación del valor le corresponde a la entidad en base a los catastros públicos. (LOSNCP, 2021)

Tal como lo sostiene María Carmen Jacome (2014), en referencia a la declaratoria de utilidad y el valor a pagar, menciona:

“La potestad pública de declarar de utilidad pública o de interés social un bien constituye una prerrogativa estatal absolutamente legítima, siempre y cuando se garantice el pago de una indemnización justa; caso contrario, el accionar del Estado devendría en arbitrario e ilegítimo.” (Jacome, 2014)

Sin embargo, es necesario aclarar que tanto la declaratoria de utilidad, como el indemnización justa, son conceptos jurídicos indeterminados.

Este procedimiento encuentra su base en el artículo 323 de la Constitución de la República que dispone:

“Art. 323.-Con el objeto de ejecutar planes de desarrollo social, manejo sustentable del ambiente y de bienestar colectivo, las instituciones del Estado, por razones de utilidad pública o interés social y nacional, podrán declarar la expropiación de bienes, previa justa valoración, indemnización y pago de conformidad con la ley. Se prohíbe toda forma de confiscación.” (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008, Art 323)

En el artículo 58 de LOSCNP se establece el procedimiento a seguir para este tipo de contratación y en los artículos 215,216 y 217 del RLOSNCNP dispone quien va declarar la utilidad pública que será el máxima autoridad de la entidad pública, así como la necesidad de individualizar el bien o bienes, así como el precio en base a los catastros públicos.

Por lo tanto, es menester que exista previamente la elaboración de informes técnicos, en donde se motiva y se determina que el bien o bienes que se pretende adquirir son los necesarios e idóneos para satisfacer la necesidad. Así como ser necesario las certificaciones presupuestarias y del PAC, deberá constar el certificado del registrador de la propiedad, donde consten la historia del bien, así como sus linderos, todo esto permite motivar la resolución de utilidad, la mismas que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad del respectivo cantón donde se vaya a llevar este procedimiento, una vez inscrita el bien queda inmovilizado, por lo tanto el administrado no podrá ejercer ningún acto de limitación de dominio.

Una vez inscrita la declaratoria de utilidad, se solicitaría a la Unidad de Avalúos y Catastros del municipio, el valor del mismo, en caso de que el administrado y la entidad no llegaran a un acuerdo se procederá con la expropiación.

Estos requisitos son concordantes con respecto a los documentos que se deben incorporar en la demanda en caso de exposición, tal y como se establece en el artículo 143, numeral 3 del Código Orgánico General de Procesos: “En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio”. (COGEP , 2018 , Art 143 , n 3)

Contrato de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles

Arrendamiento de bienes inmuebles

En el artículo 1 de la LOSNCP, establece que se tendrá como objeto de contratación el arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, en el cual la entidad puede actuar en calidad de arrendador o arrendatario. (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, 2021)

El procedimiento de esta contratación se encuentra a partir de la sección III del RLOSNCP.

Si la entidad se encuentra en calidad de arrendataria, deberá constar 4 aspectos elementales y obligatorios:

1. Las condiciones mínimas del inmueble requerido.
2. La referencia al sector o lugar de ubicación del mismo.
3. El canon de arrendamiento en base a los valores del mercado.
4. El adjudicatario no requiere estar inscrito o habilitado en el RUP, ni para la suscripción del contrato, ni para la prestación de la oferta.

Las entidades deberán elaborar y publicar los en el portal los pliegos y por la prensa, se podrá realizar invitaciones de manera directa y para poder adjudicar el contrato será necesario que se haya cumplido con las exigencias incorporadas en los pliegos.

Respecto al plazo, este se determinará de acuerdo al uso y destinación que se le dará al bien y una vez vencido este plazo, se evaluará la necesidad de persistir con el mismo, en dicho caso se procederá a la renovación del mismo.

Arrendamiento de bienes muebles

En la Sección III del RLOSNC, determina que este tipo de contratos se considera como un servicio normalizado, por lo tanto se aplicará la Subasta Inversa Electrónica, la normalización es obligación de la entidad contratante, de conformidad al artículo 222 del reglamento, donde deberá hacer constar las condiciones y naturaleza del mismo, debiendo establecerse en los pliegos las especificaciones y características técnicas.

En caso de que no fuera posible aplicar la Subasta Inversa Electrónica la entidad deberá justificar y motivar las razones por la cual dará uso a un procedimiento aplicable a la contratación de servicios no normalizados.

No amerita mayor desarrollo este apartado, ya que en acápite anteriores hemos desarrollado la forma de llevar a cabo los procedimientos de servicios normalizados y no normalizados.

Contratación por Precio Fijo

Este procedimiento especial se encuentra previsto en los artículos: 53,54,55 y 56 de la LOSNCP, así como en la Resolución No. 072-2016 SERCOP.

Para poder aplicar este tipo de contratos, según el artículo 53 de la LOSNCP es necesario que se cumplan los siguientes requisitos:

“1. Si del análisis previo a la resolución de la máxima autoridad, resulta más ventajosa esta modalidad con respecto a la contratación por precios unitarios. 2. Si se tratare de la ejecución de proyectos de infraestructura en los que fuere evidente el beneficio de consolidar en un solo contratista todos los servicios de provisión de equipo, construcción y puesta en operación. 3. Si el presupuesto referencial de dicha contratación sobrepasa el valor que resulte de multiplicar el coeficiente 0,000007 por el monto del Presupuesto Inicial del Estado del correspondiente ejercicio económico; y, 4. Que la Entidad Contratante cuente con los estudios completos, definitivos y actualizados.” (LOSNC, 2021, Art 53)

Como procedimiento de selección del contratista este procedimiento especial, hace uso de procedimientos comunes como el de licitación y cotización.

Una de las características más relevantes referente a este procedimiento es en referencia a la transferencia del riesgo y la responsabilidad al contratista, generando un grave condicionamiento del mismo, por la imposibilidad de variación de precios por reajustes o contratos complementarios, el plazo de ejecución tampoco está sujeto a modificaciones, salvo casos excepcionales donde se ha haya producido caso fortuito o de fuerza mayor, los cuales deberán ser demostrados y notificados.

Es tan inalterable este contrato, que no se puede dar por terminado por mutuo consentimiento, salvo casos de fuerza mayor y caso fortuito, debidamente demostrados y aceptados por la entidad, otra forma de dar por terminado este contrato es por terminación unilateral en caso de incumplimiento del contratista.

Muchas veces suele asimilarse esta figura con la conocida contratación “Turnkey” (Llave en mano) o con la “EPC” (Engineering, Procurement, Construction), sin embargo podemos mencionar que estas no son más que modalidades del precio fijo, ya que si bien tienen un precio único e invariable, admite reajustes, mientras que el precio fijo esto es impensable, otra diferencia es que en la contratación de precio fijo no es posible incluir la elaboración de los estudios y diseños para la obra, ya que esto queda a cargo de la entidad contratante.

La práctica nos ha enseñado que los precios respecto a los contratos de obra pueden cambiar, por lo tanto son necesarios reajustes, así como el hecho de que la entidad contratante sea responsable de diseños y estudios, genera una gran dificultad de que el contratista quiera celebrar este tipo de contratos ya que muchos de estos estudios y diseños son incompletos, equívocos, desactualizados y muchas veces ni siquiera se pueden aplicar al contrato.

Circunstancia que ha generado que este tipo de contrato sea muy limitado en nuestra legislación, hemos encontrado en el Ecuador el caso de construcción, equipamiento y operación del Hospital San Francisco de Quito- Primera Etapa, ubicado en la ciudad de Quito, sector Carcelén, Av. Jaime Roldós y Juan Ramón Jiménez por parte del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social –IESS-, en el año 2011.

Ferías Inclusivas

Este procedimiento se encuentra desarrollado a partir del artículo 59.1 de LOSNCP, así como el RLOSNCP a partir del artículo 224.

Es un evento al que acuden las Entidades Contratantes para presentar sus demandas de bienes y servicios, sin consideración de montos de contratación, las invitaciones para las ferias inclusivas a más de publicarse en el portal de Compas de obras públicas se publicarán por un medio impreso, radial o televisivo del lugar donde se realizará la subasta.

Estas generan oportunidades a través de la participación incluyente, ya que solo interviene por disposición de la ley, solo los proveedores provenientes de los sectores de la economía popular y solidaria, y esta excepción es válida a la norma general de que no puede haber diferencias ni discriminación en la participación, pero es válida porque la propia ley plantea esa excepción en orden a favorecer a uno de los sectores más reprimidos de la economía y sobre todo siempre excluidos de la contratación pública, los pequeños, los medianos empresarios, los profesionales autónomos, los artesanos; estos son los únicos que pueden intervenir como proveedores en las ferias inclusivas pero claro cómo se ha dicho esta es una excepción que se justifica ante la regla general que " No puede haber diferencias ni cortapisas para la participación de nadie", es una diferencia legítima porque la propia ley lo prevé.

Tampoco podrá el pliego exigir en esta misma línea lógica especificaciones, condiciones o requerimientos técnicos que no pueda cumplir, que no pueda satisfacer la industria nacional. Recordando el principio de participación nacional establecido en el artículo 4 de la LOSNCP. Entre las características sobresalientes al pliego debemos anotar que estos deben asegurar, hacer referencia expresa a la disponibilidad y existencia de fondos, porque brinda confianza al potencial participante. (LOSNCP, 2021)

Contratos en situación de emergencia

En el entorno normal de la vida pueden darse acontecimientos y circunstancias no pensadas, completamente aleatorias, las cuales no pueden solucionarse de manera común, ya que son repentinas, por lo tanto, no tienen un protocolo o parámetro riguroso a seguir para afrontar estas situaciones, ya que cada una tiene un elemento diferenciador a otra.

Es así que en este tipo de contratación es imposible someterse a procedimientos precontractuales comunes o incluso los de régimen especial ya que el trámite podría ser tardío

y se necesita actuar de manera urgente para evitar la masificación del daño que se está ya produciendo por circunstancias imprevistas y graves, esto motiva a aplicar este procedimiento.

Podemos observar en la carta magna, en su artículo 389 numeral 6, donde menciona que el estado estará obligado a: “Realizar y coordinar las acciones necesarias para reducir vulnerabilidades y prevenir, mitigar, atender y recuperar eventuales efectos negativos derivados de desastres o emergencias en el territorio nacional”. (Constitucion de la Republica del Ecuador , 2008 , Art 389 , n 6)

Es decir que el estado es el ente encargado para llevar a cabo toda acción que permita afrontar esta situación, además de encargarse del financiamiento para solventar estas circunstancias.

¿Pero qué son las situaciones de emergencia?, en el artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP, define a las situaciones de emergencia como:

“Aquellas generadas por acontecimientos graves tales como accidentes, terremotos, inundaciones, sequías, grave conmoción interna, inminente agresión externa, guerra internacional, catástrofes naturales, y otras que provengan de fuerza mayor o caso fortuito, a nivel nacional, sectorial o institucional. Una situación de emergencia es concreta, inmediata, imprevista, probada y objetiva. ” (LOSNCP, 2021 , Art 6 , n 31)

En la transcripción del presente artículo tenemos dos componentes para que se origine la situación de emergencia, por un lado, los *acontecimientos graves* que son hechos totalmente inciertos que generan perjuicio, por lo tanto, la entidad se encuentra obligada a ejecutar acciones que solucionen el problema que se está suscitando o prevenir que este suceda y por otro lado tenemos a la *fuerza mayor* y *caso fortuito*.

Nuestro código civil define a la fuerza mayor y caso fortuito en su artículo 30 como “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” (Codigo Civil , 2015)

Respecto a este concepto Quezada (2020) menciona: “El caso fortuito puede entenderse como aquel hecho que se origina en la naturaleza, mientras que la fuerza mayor es el hecho proveniente del hombre”.)

Ospina Fernández (1998) opina que “para poder configurar estos presupuestos es necesario de dos componentes: 1) La imprevisibilidad y 2) la irresistibilidad, en el primer caso se caracteriza por su rareza y repentinidad y el segundo caso por ser fatal, irresistible, incontestable.”

Con las categorías que hemos dado respecto a todos estos conceptos debemos mencionar que no es posible catalogarlos, ya que se pueden suscitar por cualquier evento totalmente aleatorio que vaya a repercutir, sea este originado por la naturaleza o accionar del hombre.

Para culminar el análisis del artículo 6, numeral 31 de la LOSNCP, debemos desarrollar determinados presupuestos, ya que en base a ellos se establecerá si existe una situación de emergencias: es que la situación debe ser concreta, inmediata, imprevista, probada y objetivo.

Díaz (2018) conceptualiza estos presupuestos y menciona:

- “a) Concreta: existe, es real, pero además es delimitada ya que permite identificar lugares y consecuencias.
- b) Inmediata: no espera, es decir que causa daño en ese momento y puede generar daño después.
- c) Imprevista: no se puede conocer con anticipación para prevenir.
- d) Probada: es demostrable, se puede evidenciar.
- e) Objetiva: se basa en hechos y no en percepciones” (D, 2018)

Respecto al procedimiento lo podemos encontrar a partir del artículo 57 de la LOSNCP, así como a partir del artículo 236 de RLOSNCP, los puntos más importantes respecto a este procedimiento son:

“1.- Emitir una resolución motivada por parte de la máxima autoridad, donde se justifique esta contratación. 2.- Publicar la resolución en el portal. 3.- El proceso de selección del contratista queda a manos de la entidad. 4.- Se puede adjudicar a empresas extranjeras, sin que estén domiciliadas o presente garantías, sin embargo, están en la obligación de hacerlo una vez que se suscriba el contrato. 5.- Se publicará un informe en el portal, especificando todas las contrataciones realizadas y el presupuesto empleado, con los resultados obtenidos.” (RLOSNCP, 2022 , Art 236)

Por último, debemos mencionar que si bien este procedimiento no está sujeto a procedimientos precontractuales comunes, pero con respecto a la contratación como tal, si sujeta a los lineamientos aplicables a toda la etapa contractual, como la celebración del contrato, presentación de garantías, recepciones, etc.

Contratos con financiamiento extranjero y procedimientos de contratación en el extranjero

En estas modalidades de contratación pública el legislador ha tomado la decisión de que no se sometan a los principios y normativa ecuatoriana, si no que regula a través de convenios o tratados internacionales.

Con respecto al financiamiento cabe recalcar que esta modalidad resulta conveniente para toda contratación que no sea financiada con el presupuesto general del estado ecuatoriano. Sin embargo es necesario mencionar el peligro frente a este contratación, ya que no importa el monto de financiamiento, aun cuando esté sea del 1%, esto puede llevar a abusos y al distanciamiento de cumplir con reglas respecto a la contratación de nuestra legislación, por lo tanto sería necesario reformarse y que se aplique este procedimiento sólo cuando el porcentaje sea mayor al 51%.

Respecto a estas modalidades no se puede dar más detalle, ya que ambas dependen, ya sea de norma extranjera respecto a materia de contratación pública o convenios o tratados.

1.2.4 Concepto y características del contrato

Nuestra normativa en el artículo 1454 del Código Civil, define a los contratos como “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. (Codigo Civil , 2015)

Hemos tomado la definición del del Código Civil, ya que es norma supletoria de LOSNCP.

Es decir, el contrato es un acuerdo de voluntades en el cual las partes crean, modifican o extinguen obligaciones.

Por su parte el tratadista ecuatoriano Jorge Zavala en su obra introducción al derecho administrativo expresa que “El contrato administrativo o contrato público es un acuerdo entre

las partes que origina relaciones jurídicas, es decir, derechos y obligaciones, pero sin igualdad de condiciones entre los contratantes”. (Zabala, 2003, p. 107)

Y así mismo lo ratifica Andrés Moreta, donde menciona que “El contrato administrativo es un acuerdo de voluntades, siendo esta su principal diferencia con el acto administrativo que este último, es unilateral. Su característica, a diferencia del contrato privado, es la participación del Estado”. (Moreta, 2019, p.75)

Estos contratos públicos son el acuerdo de voluntades entre dos partes, un ente público y una persona natural o jurídica, con derechos y obligaciones, a través del cual se adquiere un bien, se ejecuta una obra o se presta un servicio.

Este vínculo jurídico para que tenga validez entre el contratista y la entidad al igual que todos los contratos debe seguir los requisitos establecidos en el artículo 1461 del código civil, los cuales son:

- “1.- Que los sujetos sean capaces.
- 2.- Que exista el consentimiento entre las partes.
- 3.- Que se basa sobre un objeto lícito.
- 4.- Y por último que recaiga sobre una causa lícita. ” (Codigo Civil , 2015)

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la administración mediante estos contratos busca satisfacer el interés general, por lo tanto, la administración cuenta con poderes y prerrogativas para imponerse de manera unilateral al contratista haciendo uso del ius variandi y de la potestad discrecional, fundamentada en buscar el bien comunitario.

El ius variandi no es más que la potestad que tiene el ente de modificar los contratos administrativos, se aplica en función del bien común.

El denominado ius variandi y el hecho del príncipe son conceptos que llevarán a definir aquella potestad que tiene el Estado de modificar las reglas de juego; sin embargo, los cambios que se logran en el contrato administrativo deben llevar a sostener la obligación que tiene la Administración de restablecer el equilibrio económico del contrato de manera íntegra. (Castro, 2016)

Pese a que el interés particular del cocontratante se ve afectado por el interés del colectivo en el caso de la aplicación de las cláusulas exorbitantes, esto no significa que la administración confunda “prevalencia con arbitrariedad y exceso de poder”, ya que el interés público del conglomerado que se sobrepone al privado del contratista, no debe lesionarlo. (Narváez, 2014, p. 65)

Es decir que la administración no puede actuar de manera arbitraria y tomar decisiones que afecten derechos, por lo tanto, cada decisión debe motivarse y además velará por la reparación de los derechos que sean vulnerados por bien común, en caso de que no haya un justificativo del actuar por parte de la entidad, el contratista puede hacer valer los derechos respecto al contrato que ha celebrado, a través de reclamos o acciones tanto judiciales como administrativas.

Elementos del contrato

Sujetos Intervinientes

Dentro de los contratos administrativos tenemos un sujeto denominado “contratante” que es el Estado en todas sus formas, centralizado, descentralizado, incluyendo las empresas pública o privadas, en caso de las privadas siempre y cuando maneje fondos públicos en más de un 50% y por otro lado tenemos al contratista, en todas sus formas, ya sea como interesado, oferente o adjudicatario, nociones que hemos desarrollado en anteriores capítulos.

Capacidad de los sujetos intervinientes.

La capacidad se encuentra regulada a partir del artículo 1462 del Código Civil, además de contemplar las causales de incapacidad.

La capacidad tiene que ver con la aptitud legal de poder contraer derechos y obligaciones, podría llegar a pensarse que las entidades no pueden obligarse por sí misma y que actúan bajo el ministerio de otra persona, sin embargo, ellas actúan en pro de la potestad pública emanada del propio estado, por lo tanto, son completamente capaces de actuar. Pero para ello será necesario que esta tenga la competencia para poder contratar.

Ya que la competencia es el mecanismo por el cual la entidad puede hacer válido y legal su actuar, ya que a través de ella puede delimitar sus operaciones, en base al territorio y la materia. La competencia proviene de una norma jurídica, sea ésta constitucional o legal.

Las inhabilidades se encuentran establecidas a partir del artículo 62 y 63 de la LOSNCP, Respecto a las inhabilidades son incapaces todos aquellos que se consideren como tal en el Código Civil.

Además del presidente de la República, funcionarios, servidores públicos, quienes consten suspendidos en el RUP, los contratistas que hayan sido declarados fallidos, etc.

Voluntad y Consentimiento

El consentimiento y formación de voluntad por la administración se puede evidenciar en ciertos actos previos, previstos en la etapa preparatoria, como el hecho de contar con el PAC, realizar estudios, publicaciones en el catálogo, etc. Donde se deja en evidencia que la administración tiene la intención de establecer un vínculo jurídico para satisfacer una necesidad, la cual procede publicar en el portal.

El contratista deberá fundamenta su consentimiento y voluntad al momento de realizar una oferta, lo cual establece el vínculo jurídico a través de la aceptación por parte de la administración y hemos configurado estas dos categorías.

Respecto a esta parte es conocido que frente a la formación de estas categorías no debe existir presupuestos que la puedan viciar, como la fuerza, error o dolo. Sin embargo hay que tener presente la potestad de imperio y prerrogativas que hemos mencionado con anterioridad, que permiten a la administración imponerse.

Objeto

El objeto contractual debe ser lícito, ya que es el motivo por el cual se va celebrar el contrato el cual se funda en un objetivo a satisfacer, es la obligación misma, por la cual se está en el deber de dar, hacer o no hacer determinada cosa.

Por lo tanto la LOSNCP, contemplan una serie de procedimientos, muchos de los cuales hemos abordado en los anteriores apartados, los cuales se aplicarán dependiendo la naturaleza del objeto contractual, es decir dependiendo de lo que se quiera o busque encontrar.

Causa

La causa es la razón por la cual existe la necesidad de llevar a cabo un procedimiento de contratación, está intimidante vinculada con la licitud del objeto, por lo tanto la entidad

debe justificar él porque es menester celebrar un contrato y deberá preverse de preferencia con anticipación en el Plan Anual de Contrataciones o en la Resolución de inicio, salvo en casos excepciones que hemos visto en otros apartados.

Respecto a la Forma

Finalmente respecto a este apartado es menester mencionar que estos contratos son sumamente formales, ya que cada procedimiento es reglado, por lo tanto será necesario que se fundamente en el principio de legalidad y tipicidad, caso contrario no se perfeccionan y serán invalidados.

CAPÍTULO 2

2. FASES DE TODO PROCEDIMIENTO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.

2.1 Fase Previa (Generalidades).

2.1.1 Plan Anual de Contrataciones

El PAC es una herramienta organizativa a través de la cual la entidad puede planificar las contrataciones que va ejecutar en el periodo del año fiscal, es sumamente importante ya que previamente se establecen los valores que se van a devengar para las contrataciones, además que, de facilitar las compras mediante un método cronológico para la ejecución de obras, adquisición de bienes y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, en busca de garantizar el gasto público.

Es por eso que la mayoría de las entidades ha visto favorable que la contratación que pretende celebrar se encuentre establecida previamente en el PAC.

Esta herramienta es un requisito previo a todo procedimiento precontractual, sin el cual no se puede dar inicio a ningún procedimiento, salvo los casos de ínfima cuantía y las contrataciones de emergencia, ya que por su propia naturaleza son imprevisibles como lo hemos visto en otros apartados.

En base al artículo 22 de la LOSNCP, “el PAC, deberá estar vinculado con el Plan Nacional de Desarrollo, y deberá publicarse los primeros 15 días de enero de cada año en el Portal de Compras Públicas, las entidades contratantes podrán modificar el PAC, a través de una resolución administrativa debidamente motivada, siempre y cuando tales reformas obedezcan a una justificación técnica y económica, o por causas de caso fortuito o fuerza mayor debidamente sustentadas” (LOSNCP, 2021 , Art 22)

En base al artículo 43 del RLOSNCP, el PAC deberá contener los siguientes:

“1. Los procesos de contratación que se realizarán en el año fiscal;

2. Descripción detallada del objeto de contratación que guarde concordancia con el código del clasificador central de productos, CPC; para que los proveedores puedan identificar las obras, bienes, servicios o consultoría a contratarse;
3. El presupuesto estimativo de los bienes, servicios u obras a adquirir o contratar; y,
4. El cronograma de implementación del Plan” (RLOSNC, 2022 , Art 43)

En caso de las contrataciones de régimen especial estas deberán constar en el PAC, salvo en los casos de contrataciones que requieran confidencialidad o secreto empresarial.

2.1.2 Elaboración de Estudios, Especificaciones Técnicas y Términos de Referencia.

Elaboración de estudios

Antes de iniciar cualquier procedimiento precontractual se debe cumplir determinados requisitos previos, este es el caso de los estudios, los cuales valen determinar de manera más amplia y detallada lo que la entidad pretende y necesita contratar para satisfacer su necesidad, fijando correctamente el objeto contractual, dependiendo de la complejidad y naturaleza de la contratación.

De conformidad con el artículo 23 de la LOSNC y el artículo 46 del RLOSNC, los estudios consisten en el análisis de la contratación que se pretende emplear, incluidos los de desagregación económica y compras de inclusión, así como la elaboración de diseños, planos y cálculos, los cuales deberán ser completos, actualizados, estos serán elaborados por la entidad, en caso de que los mismos sean de suma complejidad o no se cuente con el conocimiento necesario para llevarlos a cabo será necesario contratar a un especialista mediante un procedimiento de consultoría.

Los que hayan participado en su elaboración tanto funcionarios como consultores serán solidariamente responsables, por la validez de sus resultados y por los perjuicios causados, en base al artículo 100 de la LOSNC, los consultores tendrán responsabilidad hasta 5 años después de la recepción definitiva de los estudios. (LOSNC 2021)

Otro punto importante de los estudios es que, a través de estos se puede obtener un presupuesto referencial, sobre el costo a devengar respecto a la contratación que se pretende

celebrar y en base a esto justificar y obtener la certificación presupuestaria, con lo cual podemos seleccionar el procedimiento más viable de contratación.

Especificaciones técnicas y términos de referencia

Las especificaciones técnicas se encuentran desarrolladas a partir del artículo 51 de RLOSNC, el cual menciona que “deberá entenderse a las especificaciones técnicas como las características fundamentales que deben tener los bienes o rubros requeridos. Es decir que deberá precisar y puntualizar de manera clara los componentes o detalles técnicos de lo que pretende adquirir. “ (RLOSNC, 2022 , Art 51)

Respecto a la elaboración de las especificaciones técnicas se debe considerar lo siguiente en base al artículo 52 RLOSNC:

- 1) “Para el caso de bienes, se establecerán en función de las propiedades de su uso y empleo, así como de sus características fundamentales, requisitos funcionales o tecnológicos, atendiendo los conceptos de capacidad, calidad y/o rendimiento, y de sostenibilidad en lo que fuera aplicable, para los que, de existir, se utilizarán rasgos técnicos, requisitos, símbolos y términos normalizados.

Sin embargo, se deberá ser cuidadoso en no afectar los principios de participación, la concurrencia o el trato justo a los demás oferentes, cuando se realice este proceso, ya que se puede inducir al favorecimiento de un fabricante, proveedor, patente o marca en particular. Solo en casos excepcionales se podrá hacer referencias específicas a este tipo de candidatos, ya sea para la adquisición de repuestos, accesorios, o tecnología, etc. En estos casos será necesaria la debida justificación, además de poderse aplicar en los casos de único proveedor.

- 2) Para el caso de obras, se establecerán para cada uno de los rubros y materiales del proyecto, atendiendo los aspectos de diseño y constructivos.

Dependiendo de la complejidad del proyecto será necesario la elaboración de varios estudios en materia de construcción o tecnológicos que puedan servir para la correcta ejecución de la obra.

- 3) Deben ser claras, completas e inequívocas; no deben presentar ambigüedades, ni contradicciones que puedan propiciar diferentes interpretaciones en una misma disposición, ni indicaciones parciales.

Lo que se busca es evitar los análisis subjetivos y que se califique objetivamente las ofertas, para así fomentar la participación y se seleccione al mejor oferente, siendo beneficio para la entidad en razón de la calidad y el precio.

- 4) Finalmente, las especificaciones técnicas se basarán en las normas o reglamentos técnicos nacionales, y en ausencia de estos, en los instrumentos internacionales similares, en lo que fuera aplicable, por lo tanto no se podrá establecer o exigir especificaciones, condicionamientos o requerimientos técnicos que no pueda cumplir la oferta nacional, salvo justificación funcional debidamente motivada. ” (RLOSNC, 2022 , Art 52)

Términos de Referencia

La diferencia que existe entre los términos de referencia y las especificaciones técnicas, es que los términos están vinculados a la contratación de servicios y de consultoría, por lo tanto es necesario que estos constituyan las condiciones específicas en la cuales se va desarrollar y brindar la consultorio o la prestación del servicio.

Lo cual es concorde con lo que expone el SERCOP, donde menciona “que los términos de referencia deberán constituir las condiciones específicas bajo las cuales se desarrollará el consultorio o se prestaran los servicios, mientras que las especificaciones técnicas son las características fundamentales que debe cumplir los bienes o rubros requeridos.” (Servicio Nacional de Contratación Pública,2016).

Respecto a la elaboración de los términos de referencia es necesario que estos establezcan las necesidad específicas que la entidad pretende satisfacer, los mismos que deberán ser claros, completos y detallados, evitando las ambigüedades o contradicciones, que puedan permitir interpretaciones subjetivas de los mismos. Es así que el artículo 53 del RLOSNC, establece que los términos de referencia deberán incluir los siguientes aspectos:

“a) Antecedentes;

b) Objetivos;

- c) Alcance;
- d) Metodología de trabajo;
- e) Información que dispone la entidad;
- f) Productos o servicios esperados;
- g) Plazo de ejecución: parciales y/o total;
- h) Personal técnico/equipo de trabajo/recursos; y,
- i) Forma y condiciones de pago.” (RLOSNC, 2022 , Art 53)

Es necesario mencionar que los términos de referencia se establecerán con relación exclusiva a los servicios objeto del procedimiento y no con relación a los consultores o proveedores.

2.1.3 Presupuesto referencial y certificación presupuestaria

Para llevar a cabo un procedimiento de contratación, será necesario contar con la certificación presupuestaria, la cual deberá contener el valor estimado que se ha destinado para esa contratación, esto refuerza el contenido del pago y de seguridad del mismo, este valor es obtenido del Presupuesto General del Estado, para emplearse en el correspondiente gasto público y por la misma razón es imperativo que cumpla con determinados lineamientos y políticas gubernamentales que supervisen su devengación.

En términos más simples, la certificación presupuestaria, no es más que la garantía de que la entidad cuenta con el dinero suficiente, para solventar el gasto respecto a lo que se pretende contratar, incluso que tiene el dinero para solventar en caso de cualquier incidente o problema que se suscite respecto a aquella contratación o a otras que se estén ejecutando.

Díaz (2014) manifiesta que “El presupuesto referencial se lo instaura al momento de establecer lo que se va a contratar, y después de determinar las especificaciones técnicas del bien o servicio requerido; quedando así la fijación del valor estimado de la adquisición a buen criterio y libre albedrío del profesional encargado de la fase precontractual de las compras públicas.”

Así mismo para una comprensión más sencilla, el presupuesto referencial, no es más que el valor aproximado de lo que puede costar exclusivamente la contratación que se está pretendiendo realizar, es decir fijar un precio posible de lo que puede costar determinados bienes, servicios o ejecución de obra, queda entonces claro que el mismo está íntimamente ligado con la certificación presupuestaria.

Respecto a esto el artículo 24 de la LOSNCP, nos detalla que “Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación”. (LOSNCP, 2021 , Art 24)

Tal y como hemos mencionado anteriormente, la entidad para llevar a cabo cualquier tipo de contratación, debe de manera obligatoria emitir una certificación presupuestaria y esto es concordante con lo establecido en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, en sus artículos 115 y 116 los cuales disponen:

“Art. 115.- Certificación Presupuestaria. - Ninguna entidad u organismo público podrán contraer compromisos, celebrar contratos, ni autorizar o contraer obligaciones, sin la emisión de la respectiva certificación presupuestaria. Art. 116.- Establecimiento de Compromisos.- Los créditos presupuestarios quedarán comprometidos en el momento en que la autoridad competente, mediante acto administrativo expreso, decida la realización de los gastos, con o sin contraprestación cumplida o por cumplir y siempre que exista la respectiva certificación presupuestaria. En ningún caso se adquirirán compromisos para una finalidad distinta a la prevista en el respectivo presupuesto. El compromiso subsistirá hasta que las obras se realicen, los bienes se entreguen o los servicios se presten. En tanto no sea exigible la obligación para adquisiciones nacionales e internacionales, se podrá anular total o parcialmente el compromiso” (CODIGO ORGANICO DE PLANIFICACION Y FINANZAS PUBLICAS , 2020)

En el artículo 179 del mismo cuerpo legal se establece sanciones en caso de que el funcionario o servidor público contraiga compromisos, celebre contratos o autorice obligaciones sin antes emitir la certificación presupuestaria, o que las mismas estén sobrepasando el techo presupuestario, en caso de incurrir en este supuesto, se dará comienzo a procesos y procedimientos, tanto administrativos, civiles o penales. (CODIGO ORGANICO DE PLANIFICACION Y FINANZAS PUBLICAS , 2020)

Respecto al presupuesto referencial el artículo 49 de la RLOSNCP menciona:

“Art. 49.-Definición del presupuesto referencial. -Las entidades contratantes deberán contar con un presupuesto referencial apegado a la realidad de mercado, al momento de publicar sus procesos de contratación, con base en los siguientes parámetros:

1. Para el caso de adquisición de bienes, prestación de servicios, incluidos los de consultoría, y ejecución de obras, el Servicio Nacional de Contratación Pública podrá emitir los parámetros correspondientes.

2. Adicionalmente, para el caso de obras, se considerará lo establecido en las normas de control interno expedidas por la Contraloría General del Estado. En aquellos bienes o servicios con precio oficial fijado por el Gobierno Nacional mediante Decreto Ejecutivo o algún otro mecanismo legalmente reconocido para el efecto, no será aplicable la metodología para la determinación de presupuesto referencial.” (REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2022)

Esto es concordante con la norma de control interno 408-12 emitida por la Contraloría General del Estado donde menciona: “... El presupuesto detallado de la obra es un cálculo de su costo, a partir de los componentes del precio de cada uno de los rubros o de las unidades de obra que conforman el proceso de construcción”.

Un punto importante a tener en cuenta, para finalizar este apartado respecto a la certificación presupuestaria, es que al momento de emitirse la presupuesto referencial, este no se desarrolla solamente en base del valor total de la contratación, sino que además tendrá que agregar el valor del porcentaje del Impuesto al Valor Agregado.

2.1.4 Los Pliegos del Proceso

Los pliegos suelen asimilar por gran parte de la doctrina como la ley del contrato y asimilan con aquel viejo adagio referente al expediente de un juicio o procedimiento, en el cual dicen “que todo aquello que no se encuentre en el expediente no está en el mundo, no existe en el mundo”, concepto que sirve para ilustrar el hecho de que todo aquello que concierna a todo procedimiento de contratación pública que se esté llevando, obligatoriamente tiene que estar contemplado en el pliego de contratación, por eso denominan a los pliegos como la ley del contrato. Ya que a través de los pliegos se desarrolla el trámite que se debe seguir para cada

procedimiento precontractual, y contienen los requisitos específicos que los oferentes deben considerar para presentar sus propuestas. (Daniel López, Antonio Pérez, José Aguilar, 2016, pag 113).

De ahí que el artículo 6 numeral 24 LOSNCP define a los pliegos como “los documentos precontractuales elaborados y aprobados para cada procedimiento que se sujetan a los modelos establecidos por el SERCOP” (LOSNCP, 2021 , Art 6 , n 24), por supuesto, se requiere como punto de partida para su elaboración, criterios como el de honestidad, honorabilidad, conocimiento, buen sentido, profesionalismo y experiencia. Por lo cual estará a cargo en la mayoría de los casos, tanto para su supervisión, así como para su elaboración, ya sea el representante de la entidad, o el funcionario público encargado del área jurídica, pero con respecto a su aprobación estará a cargo de la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado.

La elaboración de los pliegos se dará a partir de los modelos que publica SERCOP para cada procedimiento y poder adecuar esos modelos al objeto de la contratación que yo requiero, de ahí la importancia de la participación en la ejecución de pliegos, siempre y cuando esos modelos sean aplicables para el caso, caso contrario se podrá modificarlos y esto concordante con lo que dispone el artículo 55 del RLOSNCP:

“Cada entidad contratante deberá completar los modelos obligatorios y bajo su responsabilidad, podrá modificar y ajustar las condiciones particulares a las necesidades de cada proceso de contratación, siempre que se cumpla con la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y el presente Reglamento General; no obstante, las condiciones generales no podrán ser modificadas por la entidad contratante.” (RLOSNCP, 2022 , Art 55)

En cuanto al contenido de los pliegos el artículo 31 de la LOSNCP, menciona:

“Artículo 31: Los pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso para la provisión de obras, bienes o servicio, incluidos los de consultoría. Los Pliegos contendrán toda la información técnica, económica y legal requerida en un proceso como planos, estudios, especificaciones técnicas, condiciones económicas, legales y contractuales. Los Pliegos son públicos y su acceso es gratuito para cualquier persona a través del portal de compras públicas.” (LOSNCP, 2021 , Art 31)

En orden técnico si se trata de obras, habrá que requerir de planos, de estudios, de especificaciones técnicas, si se trata de bienes se requerirá así mismo la especificación técnica.

Si el pliego atañe a la contratación de servicios o de consultoría, el pliego deberá contener términos de referencia, debe involucrar el pliego a nombre de condiciones de orden económico, todas las condiciones de financiamiento (las partidas, las certificaciones que se hubieran emitido para emprender debidamente un procedimiento de contratación) y además incluir el proyecto de contrato que formalizan las partes.

Aquí es un acierto por parte de la LOSNCP, ya que permite purgar a la contratación, y no convertirse como era antes en el régimen anterior, como un factor discriminatorio; los pliegos ahora por disposición expresan de la ley deben ser públicos y gratuitos.

Para terminar y ser más enfático respecto a la relevancia de los pliegos, tengo que manifestar que estos son de cumplimiento obligatorio, tanto para la entidad, así como para el oferente, por lo cual no se puede eximir del no cumplimiento de un requisito establecido con anterioridad en ellos y la entidad tampoco tiene la facultad o poder de venir a imponer reglas o condicionamientos a posteriori que no hayan sido incorporados con anterioridad en el pliego, por eso una vez más reitero que los pliegos son ley para las partes, ya que dictan las directrices de cómo se va llevar a cabo el trámite correspondiente a cada procedimiento de contratación.

Para poder finalizar todo aquellos aspectos que tienen que ver con los requisitos o actuaciones previas que se deben ejecutar antes de todo procedimiento precontractual, hare mención en que será necesario para todo tipo de contrato, la elaboración de un expediente el cual deberá tener toda la información relevante que se ha dado sobre el procedimiento, la misma que será pública en el portal de compras públicas de manera obligatoria.

2.2 Fase Precontractual (Generalidades)

2.2.1 Resolución de inicio e invitación al procedimiento precontractual.

Resolución de Inicio

Para dar comienzo a la etapa precontractual, la entidad a través de su máxima autoridad o su delegado, se verá en la obligación de emitir una resolución de inicio, la cual deberá estar

debidamente motivada, acorde a lo que señala el artículo 76 numeral 1 de la Constitución de la República, donde señala que:

“Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho. Los actos administrativos, resoluciones o fallos que no se encuentren debidamente motivados se consideran nulos.” (CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR, 2008 , Art 76 , n 1)

Tomando en cuenta el postulado del presente cuerpo normativo ya citado, debemos tener en consideración dos aspectos:

- 1.- Una parte considerativa: En la cual se deberá exhibir la necesidad o exigencias de la entidad contratante, así como las premisas de lo que busca y por último la base legal, como constitucional.
- 2.- Y una parte resolutive: La cual concierne los pliegos, disposición de inicio del proceso, conformación de la Comisión Técnica, etc.

Invitación o Convocatoria

La convocatoria es el acto a través del cual la entidad exhibe y hace público a todos los interesados y oferentes, que ha planificado llevar a cabo un procedimiento de contratación pública, la cual deberá constar en el Portal de Compras Públicas, dependiendo del procedimiento precontractual o modalidad de contratación se determinará la forma de invitación o convocatoria, así como el empleo de la misma o el uso de otra figura.

La convocatoria es pública, por ello es obligatoria que se publique en el portal, una vez publicada, los proveedores tienen campo abierto para presentar sus ofertas, las cuales deben estar acorde al objeto contractual que busca la entidad.

Cabe mencionar que en la mayoría de casos se ha establecido un factor de preferencia, para que la convocatoria se realice a aquellos proveedores que se encuentren domiciliados en

el Ecuador y solo en el caso de que las ofertas nacionales no califiquen con los márgenes de reverencia se procederá a evaluar y aceptar ofertas de procedentes del extranjero.

En base al artículo 34 de LOSNCP, se podrá cancelar el procedimiento: “En cualquier momento entre la convocatoria y 24 horas antes de la fecha de presentación de las ofertas, la máxima autoridad de la entidad podrá declarar cancelado el procedimiento, sin que dé lugar a ningún tipo de reparación o indemnización, mediante acto administrativo motivado, en los siguientes casos:

1. De no persistir la necesidad, en cuyo caso se archivará el expediente;
2. Cuando sea necesario introducir una reforma sustancial que cambie el objeto de la contratación; en cuyo caso se deberá convocar a un nuevo procedimiento; y,
3. Por violación sustancial de un procedimiento precontractual. ” (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2021 , Art 34)

Como hemos mencionado anteriormente la determinación de la convocatoria o invitación se llevará a cabo dependiendo el procedimiento precontractual, es así que en ciertas modalidades es necesario aplicar otra figura, como es el caso de las invitaciones directas. Las cuales se pueden observar en el Régimen Especial en la modalidad de proveedor único o el contrato de transporte de correo, así como la posibilidad de realizar a su vez invitaciones directas a determinado número de proveedores, como en el caso de la consultoría o arrendamiento de bienes inmuebles, entre otras modalidades, al ver analizado en otros apartados la naturaleza de este tipo de contratación, podemos entender que las mismas tienen esta método a emplearse por cuestiones de inmediatez, así como de confidencialidad, o capacidad tecnológica del proveedor.

Otra figura que suple a la convocatoria o invitación, es el caso de la auto invitación, la cual se emplea para la contratación de subasta inversa electrónica, donde puede participar o autoinvitarse quien tenga interés de hacerlo.

2.2.3 Aclaración y modificación de los pliegos

Convocada la modalidad contractual que se pretende celebrar, se podrán formular las respectivas preguntas a los pliegos, con la finalidad de que se puedan aclarar aspectos tales

como de materia técnica, legal, tecnológica, económica, operativa, etc. Por lo cual se contará con un terminado para poder llevar a cabo esta fase.

Es la facultad que prevé la norma para los potenciales oferentes de manifestar a través del portal de compras públicas todas las inquietudes que tengan respecto del proceso. En la práctica las preguntas surgen cuando las reglas del pliego no están claras o son contradictorias o simplemente el proveedor necesita mayor información para considerar la intención de comparecer al proceso a través de la presentación de su oferta (Dávila, 2018, p. 34).

La entidad está obligada a responder estas preguntas en término establecido, pero esto dependerá del procedimiento precontractual o movilidad contractual que se esté llevando a cabo.

Es así que el artículo 31 de la LOSNCP, menciona que: “Los interesados podrán realizar preguntas y solicitar aclaraciones sobre los pliegos a la entidad convocante. “ (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2021, Art 31)

Las preguntas, las aclaraciones, las respuestas y las modificaciones a los pliegos, en caso de existir, se publicarán en el portal COMPRAS PÚBLICAS. Los Pliegos establecerán el plazo y los procedimientos para formular las preguntas y aclaraciones y para obtener las respuestas correspondientes.

Referente a esto el artículo 72 y 73 RLOSNCP, determina cuales son los responsables de emitir las respuestas a las preguntas establecidas respecto a los pliegos, además la posibilidad potestativa del ente para modificar los mismos:

Artículo 72: “..... el responsable designado por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, o la comisión técnica según el caso, responderán las preguntas debidamente motivadas en el término que para el efecto se establezca en los pliegos”. (REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2022)

Artículo 73: “El responsable designado por la máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, o la comisión técnica, según el caso, por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos,

siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos”. (REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2022)

Cabe mencionar que las aclaraciones o las modificaciones a los pliegos por ningún motivo podrán modificar el objeto contractual o el presupuesto referencial.

2.2.4 La presentación de la oferta

Es un acto formal a través del cual el oferente da a conocer su intención de participar en el procedimiento, por lo tanto otorga una propuesta técnica y económica, esto dependiendo de la modalidad contractual, ya que si se trata de procesos de baja cuantía deberá otorgarse un solo sobre y en caso de subasta inversa, lista corta, entre otros deberá otorgarse dos sobres, en los cuales constará la oferta técnica, como económica, es preciso mencionar que los sobres deberán estar debidamente señados identificado el proceso al que corresponde. Las oferentes presentarán su oferta por su propia voluntad y riesgo, deberán hacerlo hasta la fecha y hora establecida en los pliegos.

El Dr. Poveda detalla los pasos para la tramitación de esta diligencia de apertura de ofertas, lo realiza desde su experiencia personal la cual considera que es positiva frente a la escasa información que existe.

Por secretaria se da a conocer el listado de las ofertas recibidas , a cuyo efecto se acostumbra a dar lectura del acta de cierre de prestación de ofertas ante el órgano facultado , para recibirlas habitualmente , la secretaria de la comisión técnica o de la institución luego , los sobres se van abriendo en el orden de presentación. Quien funja como secretario presentara a los asistentes (entre quienes pueden estar los representantes de los oferentes que deseen asistir) los sobres sellados una vez contados, los va abriendo uno por uno en orden de presentación, da lectura de los principales datos que contenga y da entrega a uno de los miembros de la comisión técnica, (si fuere competente) para que rubriquen hoja por hoja cada una de las propuestas, uno de los miembros y el secretario. Entonces, una vez abierta las propuestas, se leen sus principales datos, lo que permite a los oferentes conocerlas, vigilar el proceso, verificar su legalidad y asegurar la imparcialidad de licitante y el trato justo a los oferentes. (2018, p. 41)

2.2.5 Convalidación de Errores

La teoría es la siguiente, las ofertas una vez presentadas no pueden modificarse, esa es la premisa mayor, pero obviamente como son obra humana se sujeta a errores, pueden suceder errores circunstanciales de hecho en la elaboración o en la presentación de las ofertas. La ley con buen sentido y acertadamente, prevé un momento en que ha pedido la entidad contratante, la cual se percata en que ha incurrido en algún error, alguna omisión en las ofertas, va a permitir que el oferente pueda corregir ciertos errores menores, ciertos errores circunstanciales.

Por lo tanto en contratación existen dos tipos de errores, por un lado tenemos la corrección aritmética de errores y la convalidación de errores de forma.

Respecto a la corrección aritmética esta no consta en la LOSNCP o en su reglamento, pero su desarrollo está contemplado en Resolución del SERCOP No. 0000083, en la cual se establece que: “Los errores aritméticos no serán materia de convalidación de oferta económica sino que son simplemente de corrección”.

Es decir los oferentes no están obligados a convalidar su oferta cuando en la verificación de la misma se hayan encontrado errores de cálculo, sumatoria, etc. Ya que la operación de corrección quedará a cargo de la misma entidad, ya sea a través de su máxima autoridad, delegado o comisión técnica.

La convalidación de errores de forma, tiene su lugar al momento de presentar la oferta técnica, dando la oportunidad a que los oferentes puedan hacer un cambio en la misma y por lo tanto no sea rechazada o descalificada, siendo estas completamente subsanables que no afectan a su contenido principal.

La base normativa está dada por el artículo 31 séptimo inciso de la LOSNCP y el artículo 23 último inciso del reglamento, artículos 152 y 153 de la resolución 0072, que, al tratar los errores de forma, se refiere este tipo de errores de temas tipográficos, de foliado (es decir, de numeración de las fojas contenidas en la oferta), de sumilla o firma corta, o de certificación de documentos, etc.

Es necesario mencionar que el artículo 79 del RLOSNCP, establece: “que, si se presentaran errores de forma, podrán ser convalidados por el oferente a pedido de la entidad contratante, dentro del término mínimo de dos (2) días o máximo de cinco (5) días, contados a partir de la fecha de notificación”. (REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2022)

2.2.6 Evaluación y adjudicación o declaratoria de desierto.

Evaluación de la oferta

En esta instancia se verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en los pliegos y los parámetros de evaluación que con antelación se han establecido, esta evaluación quedará a cargo de una persona designada por la máxima autoridad y en la mayoría de los casos lo hará la comisión técnica. El encargado de la evaluación deberá emitir un informe de la misma a la máxima autoridad o su delegado, de manera previa ya sea para la adjudicación del contrato o para la declaratoria de desierto.

La evaluación de la oferta debe hacer respecto a tres aspectos, tanto técnicos, económicos y jurídicos, además de la esta evaluación prevista en los pliegos será necesario que incorpore otros parámetros de evaluación respecto a la necesidad, naturaleza y objeto del contrato.

Respecto a los factores de valoración Benjamin Herrera (2004) , manifiesta: “los factores de ponderación que se incluyan en los pliegos deben ser neutrales, objetivos y proporcionados.

López, Pérez, Aguilar (2016) menciona que “las capacidades técnicas, económicas y financieras podrán hacer analizadas de la siguiente manera:

- a) Utilizando una única etapa, a través de la metodología de “Cumple / No cumple”, para modalidades contractuales como la subasta inversa, la ínfima cuantía, etc.
- b) Y en los demás procedimientos de régimen común se usará dos etapas de evaluación, la primera metodología del “Cumple/ No Cumple” respectos al integridad de la oferta, correspondiente a los parámetros establecidos en los pliegos y la segunda etapa Por Puntaje”. (López. Pérez. Aguilar ,2016)

Hay que tener en cuenta que en la evaluación por el “Cumple/No Cumple”, cuando se requiera el cumplimiento de capacidad o condición mínima en lo técnico, económicos y jurídico, en cambio el parámetro de evaluación “Por Puntaje”, se lo hará en casos donde se requiere el cumplimiento de mínimo de esos aspectos, si no de mayor elaboración y complejidad.

En caso de incumplimiento de los requisitos mínimos, la entidad rechazará la oferta y se descalifica la oferta, por último, es necesario manifestar que la evaluación se hará en razón de cada modalidad de contratación.

Esto es concordante con el artículo 230 del RLOSNC y el artículo 345 de la Codificación, el cual establece los parámetros de evaluación de la siguiente manera:

“La entidad contratante realizará la evaluación y calificación de la oferta atendiendo a las especificaciones técnicas o términos de referencia según lo previsto en el pliego utilizando para el efecto la siguiente metodología: Metodología "Cumple o no cumple". Es la verificación de los documentos y requisitos mínimos solicitados en el pliego, aquellas ofertas que cumplan integralmente esta metodología serán evaluadas de acuerdo a los criterios de inclusión. Las ofertas que cumplan con las condiciones establecidas en el pliego serán puntuadas atendiendo los siguientes criterios de inclusión: 1. Por puntaje. -Los criterios de inclusión a ser utilizados por toda entidad contratante son: 1) Asociatividad, 2) Criterios de igualdad, 3) Parámetros de calidad.”
(REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2022)

Acto administrativo de adjudicación

La etapa precontractual culmina con el acto administrativo de adjudicación, donde la entidad luego de un largo proceso designa y elige al proveedor más apto para proceder a la celebración del contrato.

La adjudicación es el evento más importante ya que a través de ella se va contraer derechos y obligaciones, tanto para la entidad así como el oferente.

Hay muchas definiciones de lo que es un acto administrativo, sin embargo la mayoría de ellas comparten elementos comunes, a continuación veremos algunas de ellas:

Acosta Romero en su obra “Teoría General del Derecho Administrativo”, define al acto administrativo así:

“Es una manifestación unilateral y externa de la voluntad, que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública. Esta decisión crea,

reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos y obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone a satisfacer el interés general”.

Gordillo (2013) manifiesta que: “El acto administrativo es una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa apta para producir efectos jurídicos individuales de forma inmediata”.

Los funcionarios públicos en el ejercicio de sus atribuciones o potestades constitucionales o legales, en la esfera de su ámbito y competencia, expidan actos jurídicos de derechos público, o sea, actos administrativos, es decir, sometidos al derecho administrativo. En consecuencia, el concepto de acto administrativo es uno de los más importantes del derecho público, porque a través de estos actos se manifiesta la voluntad de los órganos del Estado. (Pérez, 2022, p. 60).

Roberto Dromi, en su obra “Licitación Pública”, define a la adjudicación así:

“Constituye el acto administrativo, emitido por el licitante, por el que se declara la oferta más conveniente y simultáneamente se la acepta, individualizando a la persona contratista. Importa una declaración unilateral de la voluntad emitida por el licitante, por medio de los órganos competentes y dirigida a la celebración del contrato. Con ello se distingue la mejor oferta y se elige al licitador más idóneo, atribuyéndole la adjudicación de la obra, servicio o suministro objeto de la contratación. “

Para Enrique Solano Sierra (1999) la adjudicación:

“Se constituye en manifestación de la voluntad de entidad pública al decidir (por conducto del jefe o representante legal o su delegatario) cual propuesta es la conveniente o favorable de acuerdo con los criterios de selección y fines de la contratación y la declara aceptada.”

Como podemos observar tanto en la doctrina antigua como la moderna, tiene presupuestos que coinciden, ya que la adjudicación es un acto administrativo que viene de una autoridad competente, el cual va causar estado en el exterior, mediante la selección de mejor proveedor para satisfacer una necesidad en base a su oferta, esto es concordante con el artículo 6 numeral 1 de la LOSNCP la cual define a la adjudicación como:

“Art. 6.-Definiciones: 1. Adjudicación: Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley.” (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, 2021)

La adjudicación estará a cargo de la máxima autoridad o su delegado, la cual deberá estar debidamente motiva, esta resolución deberá emitirse en un término no menor de 3 días, los cuales serán contabilizados desde la actuación que pone fin a la etapa de calificación de la oferta, puja, o negociación, según la modalidad de contratación que corresponda y se tendrá la obligación de publicarla en el portal.

Los criterios de adjudicación están contemplado en el artículo 6 de LOSNCP numeral 17, 18 y 19 y son:

- Mejor costo en bienes y servicio normalizados
- Mejor costo en obras, bienes y servicios no normalizados.
- Mejor costo en consultoría.

Al ser un acto administrativo este goza a la presunción de legitimidad, ejecutividad y exigibilidad, además de ser totalmente procedente su impugnación en el caso de que no haya cumplido con los requisitos legales y no se haya motivado de debida forma.

Los actos administrativos se presumen legítimos, lo que se deduce que son dictados por un órgano competente que actúe de conformidad a las potestades y facultades determinadas en la Carta Suprema del Estado ecuatoriano y la Ley, además de estar relacionado con el procedimiento determinado de esta última. (Cornejo, Baldeón, Moreta, Villacreces, 2020, p. 92)

Granda (2018) menciona que para que “el acto administrativo este motiva este observara:

- 1) El señalamiento de la norma jurídica o principios jurídicos aplicables y la determinación de su alcance.
- 2) La calificación de los hechos relevantes para la adopción de la decisión, sobre la base de la evidencia que conste en el expediente administrativo.
- 3) La explicación del régimen jurídico invocado en la relación de los hechos determinados.

Si la decisión que contiene el acto administrativo no se deriva del procedimiento o no se desprende lógicamente de los fundamentos expuestos, se entenderá que no ha sido motivado.” (Granda, 2018 , p. 105)

La adjudicación produce efectos de manera directa, por lo tanto el adjudicatario va contraer derechos y obligaciones en el siguiente orden:

Derechos	El derecho que el contrato sea suscrito con él.
	Que el contrato se firme de acuerdo a las condiciones y plazos establecidos en los pliegos.
Obligaciones	Tiene la obligación de firmar el contrato en el plazo previsto en el pliego.
	Debe presentar garantías, como la fiel cumplimiento o el buen uso del anticipo.

Tabla de ilustración de derechos y obligaciones del adjudicatario (Granda , 2023)

Declaratoria de desierto del proceso

Esta figura está basada en la facultad reglada que tiene la administración para poner fin a cualquier procedimiento de contratación pública, ya que por una razón totalmente ajena a la voluntad de la entidad no se ha podido cumplir con el objeto mismo del proceso que es la adjudicación.

La declaratoria de desierto en base al artículo 33 de la LOSNCP se dará por:

- “a. Por no haberse presentado oferta alguna;
- b. Por haber sido inhabilitadas todas las ofertas o la única presentada, de conformidad con la ley;
- c. Por considerarse inconvenientes para los intereses nacionales o institucionales todas las ofertas o la única presentada. La declaratoria de inconveniencia deberá estar sustentada en razones económicas, técnicas o jurídicas;

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 esta 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,

e. Por no celebrarse el contrato por causas imputables al adjudicatario, siempre que no sea posible adjudicar el contrato a otro oferente.” (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2021 , Art 33)

Tal como podemos observar el declaratorio desierto se da por circunstancias totalmente ajenas a la voluntad de la entidad, por lo tanto, es una facultad reglada, solo en estos casos se podrá declarar desierto un procedimiento, la misma corresponderá a la máxima autoridad o su delegado.

Finalmente deberá tenerse claro que bajo ningún concepto la declaratoria de desierto genera un derecho de reparación o indemnización al proveedor o contratista, una vez declara esta figura, si así lo corresponde, se procederá a la reapertura del procedimiento y en caso de que la declaratoria sea definitiva se deberá proceder a la cancelación del procedimiento.

2.3 Ejecución contractual (Generalidades)

La etapa contractual empieza con la suscripción del contrato, ya que solo así el adjudicatario que haya sido seleccionado adquiere la calidad de contratista. En esta etapa se tendrá que cumplir de acuerdo a las estipulaciones contractuales aspectos como el del plazo, objeto, formas de entrega, garantías, contratos complementarios, multas, causales de terminación del contrato etc.

En toda etapa contractual será necesario que conste en el expediente el pago correspondiente que se le ha hecho al contratista una vez que este haya culminado sus obligaciones contractuales, acorde a las disposiciones y reglas establecidas por la entidad.

Al momento de celebrar el contrato será necesario su inscripción en el registro que tiene abierto el portal de compras públicas, es decir tiene que registrarse en el SERCOP y se procede a su ejecución.

Para hacer posible la ejecución tenemos que tener previsto el plazo, el cronograma, pero debe haber alguien que ponga en práctica el inicio de ejecución del contrato, esto estará a cargo del administrador del contrato, el desarrollo del mismo se encuentra contemplado en el artículo 80 de LOSNCP, que no lo define correctamente y en el artículo 295 y 296 del RLOSNCP, en esta disposición normativa ya se nos habla de que el mismo deberá ser un profesional y deberá supervisar el trabajo del fiscalizador (que puede ejercer por contratación directa o ser objeto de contratación).

La fiscalización es factible nombrarla en los contratos de obra, se suele hablar de supervisión que tiene un papel análogo a la fiscalización cuando se trata de contratos de servicio y particularmente de contratos de consultoría, pero si hablamos de bienes lo conducente sería nombrar a un administrador del contrato.

La manera de formalizar el contrato según el artículo 69 de LOSNCP, es elevarlo a escritura pública

En la contratación respecto a la prestación radica en el acto de entregar algo, es decir la entrega por parte del contratista es el cumplimiento del objeto contractual según lo definido en el cronograma de ejecución de ese objeto, esa es la prestación. El contrato al ser esencialmente sinalagmático, quiere decir que la obligación es de doble vía, en la misma proporción, el contrato será exigible desde la entrega de la contraprestación, en este caso a cargo de la entidad contratante.

La contraprestación se traduce de manera principal como el pago que debe realizar la entidad por la prestación prestada por parte del contratista, como por ejemplo en el caso de la ejecución de obras cuando el contratista vaya avanzando en la obra, se hará a través del pago de planillas ya sea quincenales, mensuales, bimensuales, en atención al avance del objeto contractual.

Pero también puede requerirse en determinado momento de otras acciones de apoyo, de anuencia por parte del ente público para que el contratista pueda cumplir a cabalidad su objeto, como el ejercicio de la potestad expropiatoria a cargo de la entidad, cuando necesitamos construir una carretera y un bien nos impide el avance de la obra o como la necesidad de importar bienes que van a incorporarse en la obra, la entidad tendrá que facilitar la importación de estos bienes y hacerlo a nombre suyo para que vengan exentos de tributos que el contratista debería pagar en el caso de que él lo hiciera, o la necesidad de tener un permiso ambiental, etc.

En esta etapa se dará la desvinculación jurídica esta requiere del pedido de recepción que debe hacer el contratista, proveedor, el consultor (de varias maneras se puede denominar quien contrata con el estado de acuerdo al objeto de la contratación).

Debe estar precedida por la petición de recepción dirigida a la autoridad contratante la que ante esa petición tiene dos opciones: 1) La primera admitir la recepción; 2) La segunda negarse de manera motivada, razonada a esa posibilidad.

Existen dos tipos de recepción conforme la ley:

- 1) Provisional
- 2) Definitiva

López (2010) menciona que “en razón de la naturaleza de contratación la recepción operará de la siguiente manera:

- 1) En los contratos de adquisición de bienes y de prestación de servicios, incluidos los de consultoría, existirá una sola recepción, la cual tendrá los efectos de recepción definitiva. Producida la recepción se devolverán las garantías otorgadas, a excepción de la garantía técnica.
- 2) En los contratos de ejecución de obra así como en los contratos integrales por precio fijo existieron una recepción provisional y una definitiva.
- 3) En las contrataciones que se puedan receptor las obras, bienes y servicios por etapas o de manera sucesiva, podrán efectuarse recepciones parciales.”

Esto en cuanto a la desvinculación jurídica de las partes; ¿qué consecuencias adicionales trae esta desvinculación jurídica, por supuesto, resolver lo atinente a los documentos accesorios de la obligación principal, ¿cuáles son esos documentos? Pues las garantías contractuales, que en este momento cabe devolverles.

GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO

Debe rendirse antes o al momento de la firma del contrato, quiere decir que la garantía de fiel cumplimiento adquiere la categoría de documento habilitante por esencia, si la ley exige que antes o al momento de la firma se rinda la garantía pues habilita su rendición su

presentación, la posibilidad de que el contratista a pedido de la entidad contratante comparezca y suscriba, formalice el contrato, esta garantía debe tener una cuantía del 5% del monto del contrato. Esta garantía sirve en los contratos de obra e integrales y por costo fijo, sirve para afianzar el fiel cumplimiento del contrato y las obligaciones contraídas a favor de terceros, eventualmente la construcción de una obra por negligencia o por factores extraños a las partes, al contratista a la entidad contratante, pero es común más bien lo primero.

Pues esta garantía en estos contratos de obra e integrales esta llamada a cumplir obligaciones contraídas a favor de terceros, el tercero va a reclamar y con la ejecución de esa garantía se le va a indemnizar, eventualmente también con la ejecución de la garantía fiel cumplimiento se cumplen obligaciones que hubiere adquirido el contratista con sus proveedores o subcontratistas, pero son casos excepcionales que requiere previa decisión judicial.

También en estos contratos la garantía sirve para asegurar (este es cometido esencial de la garantía) la debida ejecución de las obras y la buena calidad de los materiales que emplee el contratista. Entonces la garantía de fiel cumplimiento en la ejecución contractual está indicada para asegurar la debida ejecución de las obras, la buena calidad de los materiales para con ella lograr la reparación o cambios de partes, segmentos en las que se descubra defectos de construcción o mala calidad de los materiales empleados.

Aquí un aspecto importante, la ley prevé la siguiente contingencia o posibilidad que puede requerirse el incremento del monto de la garantía, artículo 74 de LOSNCP inciso 2: “Abstenerse de admitir garantías otorgadas por cooperativas de ahorro y crédito, ya que estas en esencia no están habilitadas para hacerlo, pero en el evento de que lo hagan, previamente tienen que tener autorización del superintendente de la economía social y solidaria. (la norma que aplica para este caso en el código orgánico monetario y financiero artículo 194 letra c numero 1). ” (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, 2021)

¿Cómo se instrumentan estos avales y garantías? Artículos 73 y 74 LOSNCP garantía incondicional, irrevocable y de cobro inmediato otorgada por una compañía de seguros legalmente autorizadas o mediante una carta de garantía otorgada por un banco o entidad financiera establecidos en el país o a través de ello (puede una entidad internacional otorgar una garantía, se ve en contratos de grandes cuantías).

¿Cuándo no debe exigirse esta garantía de fiel cumplimiento? Existen tres exenciones a la exigencia de esta garantía: 1) En los contratos de compra venta de inmuebles; 2) y en los de adquisición de muebles al momento de efectuarse el pago; 3) En los contratos cuya cuantía se igual o inferior \$64.160,72 (desde esa cantidad hacia abajo no se requiere) 4) En los contratos celebrados entre entidades públicas, entre personas de derecho público no se requiere esa garantía.

GARANTÍA DE BUEN USO DEL ANTICIPO

El concepto de anticipo es diferente al concepto de pago, el pago se realiza ante una prestación (si yo ejecuto el objeto del contrato, si yo entrego el bien o servicio o construyo la obra en tracto sucesivo, tras cumplir el objeto uno presenta una planilla de trabajos y la entidad contratante ante, es decir, una vez que verifique esa prestación tiene que entregar la contraprestación que es el pago).

Para la entrega del anticipo el contratista no ha entregado ninguna prestación, el anticipo es una facilidad que entrega la entidad contratante para permitirle al contratista para emprenderen la ejecución inmediata del objeto contractual. Y en vista de que no hay una contraprestación no obstante lo cual, por acuerdo entre las partes, por lo previsto así en el pliego y por lo admitida esa posibilidad en la ley por sobre todo, la entidad contratante ha consentido en entregar un anticipo al contratista, previo al pago de ese anticipo, por consiguiente, que no involucra ninguna prestación inicial la ley prevé que el contratista para recibirlo deba rendir la denominada garantía de buen uso del anticipo por un valor equivalente al 100% del monto a entregarse como anticipo.

Esta garantía debe tener una vigencia acorde al plazo contractual, y esta garantía debe irse deduciendo, disminuyendo en la misma medida en que el contratista vaya devolviendo a la entidad contratante el monto del anticipo que lo entregó. Por consiguiente, el anticipo al no ser un pago tiene que ser devuelto tiene que ser amortizado, como está afianzado por una garantía del 100% del valor inicial, cuando el contratista al ejecutar la obra, al entregar el bien o al prestar el servicio va devolviendo el porcentaje del anticipo entregado, en esa misma medida debe deducirse la garantía de buen uso del anticipo, a tal punto que, al llegar a la finalización del plazo contractual esa garantía ya no tendrá económicamente un valor y deberá ser cancelada o devuelto el documento en físico, porque ya no tiene ningún valor, porque fue deduciéndose en la medida que el contratista fue cumplimiento el contrato.

Y esto es concordante con el artículo 75 de LOSNCP:

“Art. 75.-Garantía por Anticipo. -Si por la forma de pago establecida en el contrato, la Entidad Contratante debiera otorgar anticipos de cualquier naturaleza, sea en dinero, giros a la vista u otra forma de pago, el contratista para recibir el anticipo, deberá rendir previamente garantías por igual valor del anticipo, que se reducirán en la proporción que se vaya amortizando aquél o se reciban provisionalmente las obras, bienes o servicios. Las cartas de crédito no se considerarán anticipo si su pago está condicionado a la entrega -recepción de los bienes u obras materia del contrato. El monto del anticipo lo regulará la Entidad Contratante en consideración de la naturaleza de la contratación.” (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2021 , Art 75)

GARANTÍA TÉCNICA

Respecto a las garantías técnicas, Nelson López (2010) menciona que:

“ Estas consisten en la garantía que otorga el fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, en base la adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión e instalación gocen y aseguren la calidad y buen funcionamiento de los bienes, la misma se dará desde la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, esta garantía estará vigente de acuerdo con las estipulaciones del contrato y será independiente por lo tanto subsistirá luego del cumplimiento de la obligación principal, la misma operará a partir de la entrega de recepción del bien. ” (López 2010)

Siendo esto completamente concordante con el artículo 76 de la LOSNCP:

“Art. 76.-Garantía Técnica para ciertos Bienes.-En los contratos de adquisición, provisión o instalación de equipos, maquinaria o vehículos, o de obras que contemplen aquella provisión o instalación, para asegurar la calidad y buen funcionamiento de los mismos, se exigirá, además, al momento de la suscripción del contrato y como parte integrante del mismo, una garantía del fabricante, representante, distribuidor o vendedor autorizado, la que se mantendrá vigente de acuerdo con las estipulaciones establecidas en el contrato.” (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2021, Art 76)

Estas garantías son independientes y subsistirán luego de cumplida la obligación principal.

De no presentarse esta garantía, el contratista entregará una de las previstas en esta Ley por igual valor del bien a suministrarse, de conformidad con lo establecido en los pliegos y en el contrato.

Cualquiera de estas garantías entrará en vigencia a partir de la entrega recepción del bien.

GARANTÍA ADICIONAL

Esto está regulado en el artículo 264 RLOSNCPC que parte de la hipótesis contraria, si en un contrato por disposición del artículo 74 LOSNCPC inciso 5 no se contempló inicialmente la rendición de la garantía de fiel cumplimiento pero en la ejecución como contingentemente es posible contratos complementarios, aprobar órdenes de cambio, órdenes de trabajo y en esa medida se incrementa el monto del contrato inicial y rebasa los \$64 mil que es la cantidad a partir de la cual se debe exigir la garantía de fiel cumplimiento pues la entidad deberá exigir por esa variación del costo la rendición de la garantía de fiel cumplimiento contemplando el valor integral que se contempla por estas variaciones.

COMBINACIÓN DE GARANTÍAS

Dentro de los articulados 73-74 de LOSNCPC están previstas las formas de garantías la entidad contratante puede decidir que se entreguen las garantías en combinación de las previstas, el monto del anticipo debe ser determinado por la entidad contratante, pero en ningún caso consientan que se estipule la entrega del 100% del valor del contrato a título de anticipo. (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, 2021)

CONTRATOS COMPLEMENTARIOS

En esta etapa también puede darse los contratos complementarios, estos se dan cuando sean necesarios ampliar, modificar o complementar una obra o servicio, por causas imprevistas o técnicas, las cuales deberán estar debidamente motivadas y presentadas con su ejecución.

El fundamento de todo contrato complementario es eminentemente técnico, por lo que corresponderá que el mismo sea justificado por parte que los ha considerado necesario, tras el cual se procederá a aprobar por la fiscalización y administración del contrato. (López, Pérez, Aguilar, 2016, p. 406).

Los contratos complementarios será necesario contar con la partida presupuestaria y fondos públicos suficientes que lo respalden, en base al artículo 90 de LOSNCP:

“Art. 90.-Certificación de Recursos. -Para todos aquellos casos en que la Entidad Contratante decida contraer obligaciones de erogación de recursos por efecto de contratos complementarios, obras adicionales u órdenes de trabajo, de manera previa a su autorización deberá contarse con la respectiva certificación de existencia de recursos para satisfacer tales obligaciones.” (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2021 , Art 90)

Para finalizar es necesario mencionar que los mismos se podrán celebrar con el mismo contratista, pues lo que se busca es precisamente es asegurar la ejecución del contrato principal, por lo tanto, no será necesario que medie procedimientos precontractuales como licitación o concurso.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO

En base al artículo 92 de la LOSNCP estas se darán por:

“1. Por cumplimiento de las obligaciones contractuales; 2. Por mutuo acuerdo de las partes; 3. Por sentencia o laudo ejecutoriados que declaren la nulidad del contrato o la resolución del mismo a pedido del contratista; 4. Por declaración unilateral del contratante, en caso de incumplimiento del contratista; y, 5. Por muerte del contratista o por disolución de la persona jurídica contratista que no se origine en decisión interna voluntaria de los órganos competentes de tal persona jurídica.” (LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA, 2021, Art 92)

En la práctica las más comunes son la terminación unilateral y la de mutuo acuerdo.

3 CAPÍTULO

3: LAS CONSULTAS PRELIMINARES DEL MERCADO COMO REQUISITO PREVIO PARA DETERMINAR LA NECESIDAD, OBJETO Y MODALIDAD DE CONTRATACIÓN DE LAS ENTIDADES CONTRATANTES.

3.1 Definición

El término consulta según el Diccionario de la Real Academia Española, se refiere a la “acción y efecto de consultar, al parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo o a la conferencia entre profesionales para resolver algo” (Real Academia Española, 2019).

Es decir, es el consejo, opinión sobre una determinada materia, buscando información para comprender una cosa o aclarar una duda y esto puede ser de manera verbal o documental.

Las consultas preliminares del mercado son una creación legislativa y tiene su origen remoto en diálogo técnico. “En 1996 se aludía la articulación de un diálogo técnico para la preparación de contratos complejos, asimismo servía como herramienta para definir las necesidades previo al inicio del procedimiento de adjudicación en un contrato” (Valcárcel, 2018).

En palabras del TACRC, afirma que las consultas preliminares del mercado son:

“El conjunto de políticas y procedimientos que se prescriben para la realización de estudios y evaluaciones al mercado con la finalidad de llegar a la solución más adecuada para adquirir obras, bienes y servicios, principalmente en entornos donde la prestación contratada es particularmente complejas. ” (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, 2017).

Es decir que las consultas son la herramienta a través de la cual el Órgano de Administración puede basar un criterio en razón de las condiciones del mercado sobre el precio o características técnicas de un servicio, suministro o ejecución de obra que debe ser empleado, es la forma que el ente puede preguntar el cómo satisfacer una necesidad, definir el objeto de contratación, decidirse sobre qué procedimiento precontractual o modalidad contractual es la

ideal de emplear para ese específico contrato y proceder a la elaboración de los pliegos, que como hemos mencionado en otros apartados son la ley del contrato.

Tal y como menciona García (2019) “En la práctica, estas consultas están orientadas a la concreción de las especificaciones técnicas, de los documentos preparatorios del contrato o para el asesoramiento al órgano de contratación durante la preparación del procedimiento de contratación”.

Así mismo Guerrero (2018) menciona:

“Permite a los órganos de contratación preparar correctamente la futura licitación, ya que la utilización de esta herramienta facilita conocer si existen o no soluciones a las necesidades planteadas por la administración y el grado de desarrollo de las mismas, así como el valor estimado del futuro contrato. Por otro lado, se anuncia a los operadores económicos de los planes de contratación y de los requisitos que exigirá en el procedimiento una vez iniciado.” (Guerrero, 2018, p. 1053).

3.2 Objetivo de las consultas preliminares

3.2.1 Incidencia en la correcta preparación de los pliegos

Una de las preocupaciones más altas de todas las entidades es el correcto diseño y elaboración de los pliegos, para esto será necesario que se defina correctamente el objeto contractual, para poder fijar las cláusulas contractuales y los criterios de adjudicación.

A diferencia de otras actuaciones que se dan en la fase preparatoria, como los estudios, las consultas preliminares del mercado en su aspecto subjetivo no se limita al conocimiento o experiencia de un experto, sino que busca el análisis y aportaciones de todos aquellos que están involucrados en el mercado, los cuales tienen conocimiento actualizado de la prestación y demás puede ser contrastado con el criterio de otros operadores del mercado y no limitarse a la aportación de un solo experto, que cabe resaltar que se lo debe hacer mediante un contrato de consultoría, lo cual genera un gasto adicional y además se corre el riesgo de atrapar la contratación, con criterios técnicos delimitados que favorezcan a un solo contratista, fabricante, marca, o distribuidor.

Guerrero (2018) menciona que las consultas preliminares del mercado:

“Otorga al órgano de contratación información actualizada y contrastada sobre el estado del mercado y su capacidad para responder a las necesidades presentadas en el tiempo previsto, con los niveles de calidad deseados y a un coste asumible. (p. 1058). Se busca que el objeto contractual resultado de las consultas preliminares del mercado no sean tan concretos y delimitados y que únicamente se ajusten a características técnicas de uno de los consultados, para que no afecta la libre competencia, en caso de que solo uno pueda satisfacer la necesidad deberá hacerse los pliegos bajo criterios de especificaciones funcionales. Es decir que en vez de prefijar una serie de requisitos técnicos detallados se deberá redactar los pliegos conforme a criterios de rendimiento de eficacia y de manera tecnológicamente neutra, para permitir que otros oferentes puedan presentar sus ofertas y comprobarse que no hay otra solución adecuada a sus necesidades.”(Guerrero, 2018, p. 1062)

Las consultas buscan la experiencia y conocimiento de todos aquellos operadores actualizados y la misma no tiene costo alguno, ya que los interesados actúan por su propia voluntad, para hacer visible frente los órganos y además conocer de antemano los planes de la entidad, por lo tanto no será necesario celebrar una procedimiento de consultoría.

Los niveles a los cuales se debe dirigir la consulta en su aspecto subjetivo deberán ser:

- 1) Expertos o autoridades independientes.
- 2) Colegios profesionales.
- 3) Operadores económicos activos en el mercado.

Estos sujetos comprenden en palabras de Martínez (2021) a:

“ Colegios Oficiales de técnicos y profesionales relacionados con la realización de los trabajos a desarrollar; profesionales y empresas del sector; usuarios, asociaciones de vecinos, Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), etc.; proveedores de servicios; operadores, empresas y empresarios autónomos del sector; proveedores, diseñadores y constructores de diversos suministros que se vean afectados por la consulta, operadores económicos activos en el mercado relacionado con el objeto de la consulta, son los más habituales y potenciales agentes involucrados en la participación en la consulta.” (BARBI MARTINEZ, 2021)

Para que no se aprisione la contratación y no falsee la competencia habrá que establecer ciertas medias, es así que García (2019) menciona ciertas precauciones que se deberá realizar:

“a) La exclusión de la empresa o sus entidades vinculadas, siempre con audiencia previa a fin de que puedan justificar que, “su participación en la fase preparatoria no puede tener el efecto de falsear la competencia o de dispensarle un trato privilegiado con respecto al resto de las empresas licitadoras”. b) La de la comunicación a los demás candidatos o licitadores de la información intercambiada en el marco de la participación en la preparación del procedimiento de contratación o como resultado de ella. c) El establecimiento de plazos adecuados para la presentación de ofertas.” (C. García, 2019)

Los operadores que participen no deben dar una única solución, sino varias, de las cuales será la entidad encargada de elegir una de esas opciones, además cabe destacar que será necesario la realización de un informe final, donde conste la designación de los consultados, los objetivos, las necesidades, las preguntas dudas, aclaraciones y respuestas que se hayan dado durante este procedimiento, si la entidad siente que han cubierto con sus expectativas, podrá incorporar esa consulta y proceder a la elaboración de los pliegos en base a estas, caso contrario la desestimaré, ya que la misma es facultativa y no vinculante, es decir la entidad no tiene obligación alguna después de haber obtenido la información correspondiente proceder a iniciar un procedimiento de contratación.

La comunicación entre quienes están realizando la consulta es vital, por lo tanto para llevarla de mejor manera será necesario que emplee ciertas formas operativas de llevarla, los medios pueden ser variados.

Martínez (2021) menciona que “alguno de los medios a emplearse para la debida comunicación entre los participantes y correcta preparación de la consulta preliminar del mercado, los cuales son:

- Encargos de realización de encuestas, evaluaciones y/o informes a personal, entidades, asociaciones, universidades, nacionales o extranjeras, etc que aporten claridad a la delimitación del objeto del futuro posible contrato, o sobre el estado de la técnica. Trabajo que en su caso se debería realizar en primer término, ya que una consulta sin delimitar ni concretar la necesidad a satisfacer podría llevar a despilfarros económicos, de tiempo y/o de personal.

- Obtención de información de contratos similares realizados por los mismos y otros poderes adjudicadores, a partir de la disponible y fácilmente accesible, fundamentalmente a través de la web. O como siempre se ha hecho, solicitando colaboración a través de solicitud informal (telefónica o email) de los resultados de sus experiencia y conocimientos previos al haber abordado dichas licitaciones con carácter previo.
- Revisión de catálogos de proveedores y/o resultados de investigaciones de mercado recientes en las que se hayan detectado requisitos o necesidades similares que están disponibles en las publicaciones hechas por los entes que las promueven.
- Solicitudes de información/participación en la consulta a través de plantillas diseñadas al efecto que deben ser completadas por los agentes interesados, participantes en las mismas. La formulación de las plantillas es también variado dependiendo del tipo de contrato pretendido, muchas veces son campos acotados o un solo campo en el que se deja libertad al participante para aportar sus conocimientos o técnicas adquiridas (esta es la fórmula más usual). Las plantillas que se suelen incorporar como Anexos en ocasiones sólo permiten señalar una opción entre varias posibles.
- Meet-The-Market» events, planificación de eventos, foros, jornadas, ferias, o conferencias temáticas relacionadas con el objeto del contrato que se pretende, tanto en su modalidad presencial como electrónica y otras técnicas que se han venido encuadrando en la citada expresión.
- Y por supuesto, con publicidad adecuada de toda ella que permite la máxima difusión y participación.” (B. MARTINEZ, 2021, p. 85-86)

Ahora es necesario mencionar que la entidad debe dar un tiempo prudencial y amplio para quienes no hayan podido participar en la consulta preliminar del mercado, caso contrario aquellos operadores que participaron tendrían ventaja respecto a estos, lo cual afectaría a la transparencia y competencia que son los principios que se buscan proteger y potenciar, por lo tanto sería buena que el plazo para la presentación de la oferta se extienda en un 25% de lo habitual, para que aquellos que no pudieron ser parte de las consultas, tengan el tiempo suficiente para presentar su oferta en razón de las exigencias de la entidad, en aspectos, técnicos y tecnológicos salvaguardando así la igualdad de trato y la libre competencia entre los participantes.

En el aspecto objetivo para la elaboración de los pliegos, radica en desarrollar actuaciones respecto a técnico, tecnológico, científico, económico u organizativo, lo cual tiene una enorme operatividad respecto a estos ítems o objetivos, es así que se tendrá que cumplir con temas de durabilidad, vigencia, funcionalidad y aspectos cualitativos y cuantitativos de lo que se pretende adquirir, en especial si se trata de incorporar nueva tecnología y desarrollar la misma desde cero.

Por lo tanto será necesario atender criterios que tenga como objetivo valorar adecuadamente las calidades, funcionalidades, y la posibilidad de incorporar o desarrollar innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales, así como los costes totales, incluidos los derivados de la normativa social y laboral aplicable, para buscar la mejor alternativa que el mercado puede aportar (interés general en el que se incluye el interés económica, es decir, eficiencia contractual: la capacidad de lograr ese efecto en cuestión con el mínimo de recursos posibles o en el menor tiempo posible). (Martínez, 2021, p. 68).

Es por tanto que las consultas tienen gran impacto a la prescripción técnica y tecnológica, en especial en modalidades de contratación ligada a la tecnología como la compra de innovación o la contratación en la que se pretenda aplicar la tecnología TIC.

La compra pública de innovación consiste en evaluar la posibilidad de creación de algo que no existe en el mercado o poder modificarlo de forma radical dando como resultado a algo completamente distinto a lo que ya existía y esto sirva para satisfacer la necesidad de la entidad.

Como menciona Guerrero (2018) sobre las compras públicas de innovación y su utilidad manifiesta:

“Que sirven para adquirir un producto, servicio o proceso que no existe al momento de la licitación o bien mejorarlo de forma sustancial, hasta el punto de que se llega a algo distinto de lo que existía previamente, así podremos obtener una idea, un prototipo, o financiar las fases de investigación y desarrollo y proceder a la producción del mismo para incorporar a la contratación que se pretende celebrar.”

Y respecto a los TIC, o llamadas Tecnologías de la Información y de la Comunicación, que son herramientas que se usan para la administración, almacenamiento, identificación y otros aspectos usando elementos tecnológicos como computadoras, teléfonos, televisores, pantallas inteligentes, etc.

3.2.2 Información a los operadores económicos sobre el posible procedimiento de contratación.

Al momento de querer iniciar la consulta preliminar será necesario que el ente dé a conocer a los operadores económicos acerca de los planes que tiene y las exigencias que va a establecer, para así visualizar los lineamientos y poder participar en caso de que la administración decida iniciar un procedimiento luego de la consulta realizada.

Es necesario que para fomentar el principio de transparencia, publicidad, igualdad de trato y competencia, la entidad proceda a publicar la consulta preliminar del mercado en el portal de compras públicas y en el perfil de la entidad contratante.

El portal de compras públicas es un instrumento informático a través del cual obligatoriamente se desarrolla la contratación pública en el Ecuador. (López, Pérez, Aguilar, 2016, p. 60).

Se introduce una captura de pantalla para poder familiarizarse con el portal de compras públicas y se tenga una idea más clara de sus ítems.



Tabla ilustrativa del portal de compras públicas. (Sistema Oficial de Contratación Pública, 2013)

Se introduce la imagen correspondiente de la página oficial de una entidad contratante, para entender la necesidad de establecer un apartado para las consultas preliminares del mercado.



Tabla ilustrativa de una entidad contratante. (GAD MUNICIPAL DE MACHALA)

Por lo tanto es indispensable que en estas páginas oficiales se publique la consulta, tanto en el segmento de noticias, como establecer un apartado propio de la consulta en su segmentación operativa, en el cual se pueda tener acceso plenamente a los lineamientos de la consulta, como el inicio de la misma, la forma de llevarla y la conclusión de la misma, además de proceder a publicar en el mismo apartado todo acto que se ejecute, referente a preguntas, aclaraciones, ampliaciones, respuestas y soluciones de los participantes, evitando la vulneración de los principios ya citados.

Las obligaciones de información se derivan del propio principio de transparencia que debe guiar toda la actividad contractual y que comprende dos manifestaciones: información activa y acceso a la información. Estela (2018).

Como se puede observar buscamos que el principio de transparencia no se vea afectado en lo absoluto, ya que si este se quebranta automáticamente los otros principios citados sufren vulneración, buscamos a través de esto menguar la información asimétrica que vaya a favorecer a un solo operador y alguno de ellos claramente identificado, además de evitar pequeñas corruptelas de dar información por debajo de la mesa de los procedimientos y así contar con un tiempo extra para realizar las ofertas, al ser público y ser un acto que se da en la fase preparatoria evita que esto pueda suscitarse o ocurrir y la entidad está en la obligación de cumplirlo.

3.3 Regulación de las preguntas preliminares del mercado en la legislación ecuatoriana

En el Ecuador el tratamiento de esta herramienta, denominada como tal, se ha dado por una sola ocasión en una invitación hecha por el SERCOP en Circular Nro. -2020-0021-C, el cual menciona que “SERCOP y la RPIS se encuentran desarrollando una “Consulta Preliminar de Mercado para la prestación del servicio de almacenamiento, distribución y entrega de medicamentos y bienes estratégicos”. (Servicio Nacional de Contratación Pública, 2020).

Sin embargo esta herramienta no se agregó a la normativa con tal denominación, habíamos mencionado en anteriores apartados que las consultas preliminares tienen como antecedente a la figura del diálogo técnico, pero esta figura también es conocida como diálogo competitivo.

En fecha 23 de septiembre de 2020, en RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2020-0111, decide incorporar la figura de diálogo competitivo, para la adquisición de fármacos en el artículo 424.29 de la codificación en el cual se encuentran las resoluciones actualizadas emitidas por el SERCOP, en este artículo se da un tratamiento completo de lo que son las consultas preliminares, además de ello es necesario mencionar que este artículo es una copia del tratamiento que da la legislación española en su artículo 115 de LSCSP respecto a las consultas preliminares, lo cual analizaremos en el apartado correspondiente al derecho comparado, para un mayor comprensión me es menester citar de forma textual y completa el tratamiento del artículo 424. 29 de la codificación para observar la similitud con la doctrina y la legislación española respecto a la figura de las consultas preliminares.

En el artículo 424.29 de la normativa Codifica Resoluciones del Servicio Nacional de Contratación Pública, se trata a la consultas preliminares como diálogo competitivo y se lo hace de la siguiente manera:

“Art. 424.29.- Mecanismos de diálogo competitivo.- De forma previa al procedimiento de selección del proveedor del servicio de almacenamiento, distribución y entrega o dispensación de fármacos o bienes estratégicos en salud, se podrán efectuar diversas actuaciones con la finalidad de llegar a la solución más adecuada que satisfaga las necesidades institucionales de la RPIS, y que permita evaluar y estructurar el respectivo nicho de mercado, determinar la capacidad real de la oferta de los proveedores, obtener información de sus servicios, así como determinar la evolución de los precios del

referido servicio. Para el efecto, el SERCOP, en conjunto con las entidades contratantes de la RPIS, podrán socializar las necesidades institucionales y modelo de gestión propuesto, correspondientes a la Licitación Corporativa, que incluirá necesariamente la publicación de una propuesta de términos y condiciones para la prestación del referido servicio. Dicha publicación podrá realizarse a través de medios físicos, electrónicos, e incluso, a efectos que exista una amplia difusión, se podrá emplear uno o más medios de comunicación masiva en el ámbito territorial elegido. Asimismo, se podrán efectuar jornadas abiertas de socialización, en las que se expongan las necesidades institucionales de la RPIS a los actores del mercado o proveedores interesados. Como parte de los aludidos mecanismos de diálogo competitivo, los potenciales proveedores, entendidos como operadores económicos de probada notoriedad, experiencia y probidad en el mercado; podrán efectuar, en conjunto con los subsistemas de salud de la RPIS, según sea el caso, visitas técnicas in situ a las instalaciones de los establecimientos de salud a nivel nacional. Una vez concluidas dichas visitas, los potenciales proveedores podrán presentar comentarios o aportes que consideren pertinentes, a través de los canales establecidos para el efecto. Para ello, los potenciales proveedores obligatoriamente deberán encontrarse registrados en el Registro Único de Proveedores, en el CPC, que se habilite para dicho propósito. Los aportes recibidos no serán vinculantes para el Estado. Toda reunión, jornada de socialización o visita técnica in situ, física o electrónica, deberá quedar registrada a través de grabaciones oficiales implementadas por el SERCOP, en conjunto con las entidades contratantes de la RPIS, para tal efecto se empleará los medios técnicos idóneos para el registro y reproducción fidedignos de lo actuado. Asimismo, el SERCOP y las entidades contratantes de la RPIS, podrán dirigir consultas, estándar o tipo cuestionario, o aceptar el asesoramiento de expertos, autoridades independientes, o de potenciales proveedores, utilizando para este propósito el Portal de COMPRASPÚBLICAS; siempre que dicho asesoramiento no tenga por efecto falsear la libre competencia, ni restringir los principios de igualdad y no discriminación, trato justo, transparencia y concurrencia. Los aportes, observaciones y consultas recibidas, coadyuvarán al SERCOP y a las entidades contratantes de la RPIS, a desarrollar los términos de referencia de la Licitación Corporativa, que garanticen una mejor relación de la calidad-precio del servicio de almacenamiento, distribución y entrega o dispensación, bajo un permanente cumplimiento de los principios y el mejor costo establecido en los artículos 4 y 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Estos procedimientos no

excluyen la participación posterior en el procedimiento de Licitación Corporativa del servicio de almacenamiento, distribución y entrega o dispensación. Una vez concluidos los mecanismos de diálogo competitivo, el SERCOP, en conjunto con los miembros de la RPIS, hará constar en un informe debidamente motivado las actuaciones realizadas, que contendrá como mínimo un detalle de la información que fue sujeta a socialización, y el detalle de toda la documentación, física o electrónica cursada entre los actores participantes, el SERCOP y las entidades contratantes de la RPIS. Este informe deberá ser publicado en el Portal de COMPRAS PÚBLICAS, junto con la resolución de inicio del procedimiento de contratación, y deberá formar parte del expediente físico de contratación. En general, las actuaciones ejecutadas no podrán ser utilizadas para generar direccionamientos de compra, perjudicar a la libre competencia, ni restringir los principios de igualdad, trato justo, transparencia, y concurrencia, previstos en el artículo 4 de la LOSNCP, y serán publicadas, tanto en el Portal de COMPRAS PÚBLICAS como en la sede electrónica de cada una de las entidades contratantes de la RPIS, con el propósito que toda la información sea de conocimiento general.” (Codificación SERCOP, 2021).

Desde el primer párrafo se deja más que claro que se habla de las consultas preliminares, ya que el denominado diálogo competitivo estará orientado a evaluar y estructurar el nicho de mercado, claramente habla de hacer preguntas a los operadores, lo cual deja más que claro en su párrafo tercero al hablar de potenciales proveedores entendidos como operadores económicos, además menciona que busca determinar la capacidad real de la oferta por parte de los proveedores, es obvio que se refiere a la necesidad de averiguar en qué condiciones está el mercado actualmente para satisfacer la necesidad, lo cual será evidente al revisar las ofertas de los operadores, y ya deja muy claro al culminar en su primer párrafo que lo que busca es la información de sus servicios y determinar la evolución de los precios, lo cual es evidente que habla de determinar el precio referencial que podría constar dicha contratación.

Ya en su apartado segundo detalla que la entidad podrá socializar sus necesidades mediante una publicación de los términos y condiciones, por cualquier medio físico o electrónico, es evidente que habla los lineamientos que debe tener una consulta preliminar, para que los participantes tengan una idea clara y amplia de los requisitos y exigencias de la administración.

Asimismo en los demás apartados habla de la posibilidad de presentar comentarios o aportes, siempre y cuando no se falsee los mismos principios que busca las consultas preliminares no afectar, así como la necesidad de realizar un informe con todas las operaciones hechas por los operadores, así como la necesidad de desarrollar un informe final que conste en el expediente de contratación.

Tal y como vemos el tratamiento es igual a la consulta preliminar pero de manera escueta, ya que no es obligatoria por parte de los participantes hacer aportaciones, mientras que en la consulta es obligatorio emitir soluciones, además de ello está destinado a un solo tipo de contrato, ni se estructura de manera adecuada el hecho de cómo llevar la figura, ni la exigencia de publicar dicha socialización en la página de la entidad, por último es necesario mencionar que en su párrafo cinco menciona de manera escueta el hecho de poder dirigir consultas, tal y como vemos habla exactamente de las consultas preliminares y este diálogo competitivo son las consultas preliminares del mercado, pero con un tratamiento corto y orientado a una sola modalidad contractual.

Ahora es necesario mencionar que era un adelanto a ver incorporado esta figura para la compra de fármacos, pero lastimosamente los funcionarios públicos encargados de emitir normativa, las cuales son las resoluciones del SERCOP, sin tener un entendimiento claro del beneficio de esta figura la desapareció después de la reforma que se hizo en la codificación el año 2022 mediante resolución Nro. RE-SERCOP-2022-122 y ahora en los actuales cuerpos normativos de contratación pública, tanto como en la ley, reglamento o codificación no se encuentra rastro alguno de esta figura ni siquiera como diálogo técnico, lo cual a mi opinión es un retroceso enorme en materia de contratación pública, ya que esta figura ayuda a combatir la corrupción, ya que hace público las posibles contrataciones, transparenta los procedimientos a través de plataformas digitales donde se da detalle milimétrico de los temas que se debaten, de las preguntas y aclaraciones que se daban en la consulta, además del llamamiento de todo operador interesado para en base a su experiencia y conocimiento otorgue soluciones completamente gratuitas.

3.4 Consultas preliminares en el derecho comparado.

La aplicación de figuras similares respecto a actuaciones previas a la preparación de un contrato se ha venido dando en países europeos así como americanos, donde se han ejecutado herramientas como consultas, asesoramiento, estudios de mercado, etc.

España

España forma parte de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), ya desde mi 1959, así mismo otros países de Latinoamérica forman parte de este organismo, ya que vieron la necesidad de implementar políticas, figuras y herramientas que permitan ahorrar costes y elevar la eficiencia en el campo de la contratación pública, sobre en todo en contratos complejos, siendo pionera el área de la salud, luego temas de construcción y tecnología donde se implementaron varias herramientas siendo una de ellas las consultas preliminares del mercado, para así tener un conocimiento amplio del mundo empresarial y lo capacitado que estaba el mercado para solventar cualquier problema que tuviera las administraciones públicas.

La Directiva 2014/24/UE, incorpora la figura de las consultas preliminares, junto a otras importantes medidas, tomando vital importancia principios de transparencia y competencia, el concepto de consultas preliminares del mercado se recoge por primera vez en el artículo 40 de la vigente Directiva europea el cual detalla:

“Consisten tanto en la solicitud como en la aceptación de asesoramiento de expertos, autoridades independientes o de participantes en el mercado, siempre que se respeten los principios de no discriminación y transparencia. La defensa de la competencia es la espada de Damocles que servirá para graduar la sujeción a la legalidad vigente de esta herramienta jurídica” (Directiva Europea 2014).

En base a estas disposiciones la Ley de Contratos del Sector Público español, en adelante (LCSP) agrega en su artículo 115 a las consultas preliminares del mercado, es necesario transcribir de forma completa y literal este artículo ya que como manifesté en apartados anteriores se asemeja mucho y parece que la legislación ecuatoriana se ha inspirado o ha hecho una copia para tratar en su artículo 424.29 de la codificación del 2021 al diálogo competitivo.

Respecto a las consultas preliminares del mercado el artículo 115 de LCSP determina:

“Artículo 115. Consultas preliminares del mercado. **1.** Los órganos de contratación podrán realizar estudios de mercado y dirigir consultas a los operadores económicos que estuvieran activos en el mismo con la finalidad de preparar correctamente la licitación e informar a los citados operadores económicos acerca de sus planes y de los requisitos que exigirán para concurrir al procedimiento. Para ello los órganos de contratación podrán valerse del asesoramiento de terceros, que podrán ser expertos o autoridades independientes, colegios profesionales, o, incluso, con carácter excepcional operadores económicos activos en el mercado. Antes de iniciarse la consulta, el órgano de contratación publicará en el perfil de contratante ubicado en la Plataforma de contratación del Sector Público o servicio de información equivalente a nivel autonómico, el objeto de la misma, cuando se iniciará esta y las denominaciones de los terceros que vayan a participar en la consulta, a efectos de que puedan tener acceso y posibilidad de realizar aportaciones todos los posibles interesados. Asimismo en el perfil del contratante se publicarán las razones que motiven la elección de los asesores externos que resulten seleccionados. **2.** El asesoramiento a que se refiere el apartado anterior será utilizado por el órgano de contratación para planificar el procedimiento de licitación y, también, durante la sustanciación del mismo, siempre y cuando ello no tenga el efecto de falsear la competencia o de vulnerar los principios de no discriminación y transparencia. De las consultas realizadas no podrá resultar un objeto contractual tan concreto y delimitado que únicamente se ajuste a las características técnicas de uno de los consultados. El resultado de los estudios y consultas debe, en su caso, concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos, sin que en ningún caso, puedan las consultas realizadas comportar ventajas respecto de la adjudicación del contrato para las empresas participantes en aquellas. **3.** Cuando el órgano de contratación haya realizado las consultas a que se refiere el presente artículo, hará constar en un informe las actuaciones realizadas. En el informe se relacionarán los estudios realizados y sus autores, las entidades consultadas, las cuestiones que se les han formulado y las respuestas a las mismas. Este informe estará motivado, formará parte del expediente de contratación, y estará sujeto a las mismas obligaciones de publicidad que los pliegos de condiciones, publicándose en todo caso en el perfil del contratante del órgano de contratación. En ningún caso durante el proceso de consultas al que se refiere el presente artículo, el órgano de contratación podrá revelar a los participantes en el mismo las soluciones propuestas por los otros participantes, siendo

las mismas solo conocidas íntegramente por aquel. Con carácter general, el órgano de contratación al elaborar los pliegos deberá tener en cuenta los resultados de las consultas realizadas; de no ser así deberá dejar constancia de los motivos en el informe a que se refiere el párrafo anterior. La participación en la consulta no impide la posterior intervención en el procedimiento de contratación que en su caso se tramite.” (LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, 2017)

Como podemos observar al igual que artículo 424.29 de la codificación del 2021, toca temas similares al hablar de asesoramiento a operadores del mercado, habla de la necesidad de hacer conocer a los interesados sobre los planes de la administración, su exigencias, la facultad de los operadores a realizar soluciones para los interrogantes de la administración y la publicación de este procedimiento en las plataformas autorizadas para llevar a cabo esta herramienta así como la necesidad de un informe final, además de tener como prioridad no afectar la igualdad de trato y la competencia, así como los otros principios cardinales como la transparencia, publicidad y eficiencia. Tal y como se puede observar el funcionario público ecuatoriano se inspiró en este artículo o copiar directamente los puntos más importantes del mismo para desarrollar la figura del diálogo competitivo para la adquisición de fármacos.

Sin embargo tengo que mencionar que ni siquiera la legislación española a podido captar el espíritu real de esta figura, ya que la limita como al momento de llamar a los operadores activos, lo cual es incensario ya que se supone que quienes están en el mercado en ese momento se mantiene vigentes, además de limitar su actuación como última alternativa por miedo a falsear la competencia y transgredir la igualdad de trato lo que limite las oportunidades de que todos participen y traigan soluciones innovadoras.

Así como también vacíos importantes como el hecho de tener duda de si esta figura también se puede usar en la etapa contractual cuando nos encontramos frente a un problema complejo de ejecución de obra o la necesidad de una compra de innovación o compra precomercial.

Y en factores de publicidad el hecho de tener un espacio propio en la página central de contratación y de las entidades que se pretende contratar, dando la responsabilidad a la entidad de que opte por los mecanismos que crea conveniente para hacerla, sin embargo en entidades de gran presupuesto ya se han establecido formatos para llevar a cabo las mismas.

México

Ya desde el año 2012 el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado en México (ISSSTE), siendo parte de la OCDE dicho país, necesitaba ayuda para poder combatir la colusión que se da en las esferas de la contratación pública, por lo cual dicho organismo comenzó a emitir varias recomendaciones y estudios, tal es el caso que OCDE realizó un estudio denominado “Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados” como se podrá observar estaba enfocado en el sector médico, lo que se buscaba es integrar sistemas operativos para mejorar los servicios, respecto a la planificación y coordinación del personal, almacenamiento o manuales de uso en maquinarias, aparatos o utensilios médicos. (ESTUDIOS DE LA OCDE SOBRE GOBERNANZA PUBLICA, 2016)

Este estudio ha sido la base para países de Latinoamérica y Europa de cómo llevar a cabo un estudio de mercado, de cómo interactuar con los operadores económicos, de cómo verse más beneficiado en temas de calidad y precio, este estudio se basó en analizar los procedimientos que se dan en otra legislaciones de países que forman parte de este organismos y se estudió los “ Italia Consip SpA” de Italia en los contratos de bienes y servicios, de cómo configurar esta interacción con los operadores, de llevarlo en la etapa preliminar para poder hacer publicad del mismos y proceder a la preparación de la contratación.

Chile

En el estudio mencionado en el apartado anterior se muestra también las medidas empleadas por la legislación chilena, por el (Institución Central de Compras Chilena) donde se instauró la forma de socializar entre los funcionarios públicos y los operadores, adoptando medidas para potenciar la transparencia en los procesos de contratación, en cual se recoge las recomendaciones hechas por Consejo en Contratación Pública, el cual señala la importancia de regular y hacer transparentes al momento de presentar los objetivos que busca satisfacer las entidades para que los participantes den mejores resultados.

Colombia

El estado colombiano es un poco reacio a los resultados que han dado estos estudios de mercado en especial en la compra de innovación, en dicha modalidad es vital la aplicación de las consultas preliminares, sin embargo Andrés Castillo manifiesta:

Castillo (2016) menciona sobre los estudios de mercado que:

“Del análisis de estudios de mercado realizados reconocen que es común encontrar información imprecisa y con fallos de carácter técnico y económico, que se ven reflejados al final en las reglas atestadas de rigidez jurídica en los pliegos de condiciones... que muchas veces dan la oportunidad a la “confección de pliegos sastre”.

Dicho resultado se da cuando las legislaciones no prevén de cómo llevar a cabo esta figura y solo la implementan sin un tratamiento previo respecto a los lineamientos de va a tratar, los tiempos para formular preguntas, aclaraciones, el momento de emitir respuestas, el hecho tener una plataforma donde se encuentre todas estas actuaciones, etc.

Reino Unido

Respecto a esto Martínez (2021) menciona que:

“Por último el Reino unido trasponiendo inmediatamente tras su aprobación la Directiva, a través de No. 102 PUBLIC PROCUREMENT The Public Contracts Regulations 2015, Made - 4th February 2015 Laid before Parliament 5th February 2015 recurriendo mucho a esta figura y no utilizando un sistema formalista. 4 9 Los artículos 40 y 41 del citado Reglamento de Contratos regulan las consultas preliminares, dedicando otros muchos a las relaciones con los operadores económicos, sin duda, por su experiencia contractual, que ha sido tratada tradicionalmente desde el punto de vista del derecho privado.”

3.5 Propuesta de incorporar las consultas preliminares en la fase previa.

Como se puede observar en el apartado donde se analizó el tratamiento de esta figura en la legislación ecuatoriana denominándose como diálogo competitivo, dicha figura término derogada por la RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2022-122, a partir de aquí no se encuentra

registro de esta figura en ninguna normativa concerniente a contratación pública de nuestro país.

Situación vital para proponer la incorporación de la misma no solo en la codificación de resoluciones emitidas por el SERCOP, si no que se plasme dicha figura en la LOSCNP y en el RLOSNC, como primero paso a ejecutar en la fase preparatoria o previa, antes de los estudios, si bien muchos autores distan de que esta figura se emplea incluso antes de esta etapa para determinar la necesidad, a lo largo este trabajo podemos observar que su función y beneficio se da cuando se fijado las necesidad de manera general y las consultas vienen a fijar de manera más adecuada esa idea necesidad y establecer el objeto contractual de manera precisa.

Esta herramienta sin duda alguna debe ser el primer paso que se dé en la fase preparatoria o previa, ya que a través de las soluciones que den los operadores, podremos continuar con las demás actuaciones, como estudios y diseños, pero orientados en las soluciones que se han dado y sin tener que establecer un contrato de consultoría directa, lo cual es un coste adicional en la contratación respecto a ese proyecto y solo se respalda en el conocimiento y técnica de un solo especialista.

Asimismo una vez hecho esto se procederá a delimitar las especificaciones técnicas y términos de referencia, fijar presupuesto, que son actos en los cuales se ha fraguado de manera incidente los temas de corrupción, ya que a incidir cada etapa en la otra, este es el momento adecuado para emplear actos de corrupción que será muy difícil determinar en otras etapas.

La instancia preparatoria es sensible de corrupción por cuanto se preparan las bases y el presupuesto para las contrataciones, donde se pueden orientar los estudios invocando condiciones técnicas especiales, provocando un aumento de precio superior al de mercado que perjudicaría a los interés de la administración pública, por eso la fase preparatoria es la etapa más importante para tomar en cuenta para efectos de prevención, realmente es aquí donde se puede fraguar el área idónea para convertirla en caldo de cultivo para futuros hechos de corrupción, que en las demás etapas pueden ser ocultadas. Diaz (2019).

Al momento de establecer la necesidad y fijar el objeto contractual, lo cual queda a plena discrecionalidad de la administración se da el primer paso en la etapa preparatoria, mediante la elaboración de estudios los cuales pueden estar plenamente direccionados.

Una vez finalizados estos se procede a establecer las especificaciones técnicas y los términos de referencia, los cuales en muchos procedimientos precontractuales favorecen a ciertos operadores del mercado.

Respecto al presupuesto referencial podemos observar que muchas veces se atrapa al órgano de contratación en acuerdos entre los operadores y funcionarios o solo entre operadores, produciendo que el precio del bien, servicio o obra que se pretenda adquirir se eleve o incluso establecer condiciones técnicas tan limitadas que engrosen los valores por capricho de cumplir con los pactos que se han dado bajo la mesa.

Como menciona Peña (2017) respecto al presupuesto:

“El valor económico se mantiene como el criterio esencial para diferenciar, en función de la superación de ciertas cuantías o umbrales (...), los contratos sujetos a regulación armonizada de aquellos otros que no lo están (...)”

Respecto a esto el presupuesto referencial se puede modificar para favorecer a un empresario o grupo de ellos, para proceder a otro procedimiento en base a la cuantía como es caso de proceder a celebrar un contrato de menor cuantía, ínfima cuantía, cotización o licitación, según el umbral que se ha fijado en el presupuesto referencial.

Incluso criterios de selección de proveedores, criterios de calificación, que tienden a tomarse para favorecer a ciertos proveedores y proceder a ejecutar otras modalidades contractuales que van a ofrecer en pro de lineamientos que se han realizado sin una purga transparente para escoger la mejor oferta en razón de la calidad y el precio.

Una vez entendido los problemas y conflictos que se dan en la fase preparatoria me es menester abordar ciertos procedimientos precontractuales o modalidades donde se puede evidenciar falencias en la fase preparatoria y actos de corrupción que se dan en esta etapa donde al aplicar las consultas preliminares del mercado veríamos un beneficio en aspecto de transparencia, competencia, igualdad de trato, eficiencia y menor gasto público.

Como en el procedimiento precontractual de cotización respecto al término sorteo, donde se otorgan puntos que pueden favorecer en la calificación de ciertas ofertas, donde lo ejemplar sería que el otorgamiento de puntos se haga en razón de los méritos que ha

demostrado, mediante un orden de prelación entre la mejor oferta con la cual se va obtener el más alto puntaje y se pueda adjudicar. (Cordova , 2019 , p. 29)

La entidad mediante una consulta no solo puede establecer los mejores oferentes como hemos visto, si no que directamente va actuar en que las ofertas que se presenten están orientadas a lo que busca la administración, demas de ello podrá instruirse la administración de que se establezcan lineamientos y criterios de calificación para adjudicar al mejor postor, criterios que hemos visto quedarán a discreción de la entidad si lo aceptan o no las soluciones dadas.

Una de las ventajas respecto al procedimiento precontractual de Ferias Inclusivas, en el cual busca la participación nacional, lo más beneficiados son precisamente los MYPIMES, es decir la pequeña y mediana empresa, ya que a través de las consultas preliminares pueden hacer notar toda la capacidad operativa que tiene para competir con otros operadores, ya que las consultas otorga un amplio campo de participación para todo aquel que tenga interés de participar y aportar soluciones, lo cual es beneficio para estos sectores para poder participar en procesos orientados para su beneficio así como para emprender un reto respecto a contratos de más complejidad y de innovación.

Asimismo Córdova (2019) menciona respecto a los MYPIMES:

“Que estudios demuestran las condiciones inferiores en que se encuentran los MYPIMES con relación a las grandes empresas, por lo tanto, la no inclusión de estos afecta directamente al empleo. Por lo tanto, hay que incitar proyectos como el programa “Hilando el Desarrollo”, donde se pretende la confección de uniformes escolares.” (Cordova 2019)

Así como contrataciones como FONSAL y CONQUITO, la cual fue para limpieza de centros comerciales del ahorro, mantenimiento de instalaciones, jardinería y uniformes.

Al implementar una consulta preliminar del mercado permite conocer a los entes los varios fabricantes, artesanos y oferentes nacionales de estos sectores, no solo pudiendo evaluar las mejores ofertas que brindaran sino que además tiene un doble impacto, generando empleo, haciendo procesos de participación nacional y local. El hecho de confeccionar uniformes que vayan acorde a proyectos ambientales donde se genere ropa de elementos reciclados mediante procesos de compra de innovación destinada a la creación de un producto que no existe en el

mercado potenciando nuestra producción nacional y satisfaciendo las necesidades orientadas de manera precisa en el objeto contractual y procedimientos de fabricación, distribución e identificación y designación de los niños que a los cuales se van a otorgar los uniformes, toda esta materia operativa y actuaciones son capaces de obtenerse a través de las consultas preliminares.

Respecto al procedimiento de menor cuantía podemos observar problema en la práctica referente al artículo 52 de LOSNCP, en el cual menciona que “ se privilegiará a los MYPIMES, sin embargo esto resulta difícil ya que en materia de construcción se busca la durabilidad de la obra y el aspecto estructural que muchos de estos participantes no puede tener, por lo tanto es menester el emplear una consulta preliminar del mercado, para encontrar a los verdaderos grupos de la economía popular y solidaria que tengan capacidad para ejecutar obras de tal envergadura.” (LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, 2021)

El requerir este tipo de contratos especificaciones técnicas de gran complejidad la administración a través de la consulta puede determinar los lineamientos y las técnicas a emplear en este tipo de procedimientos, dado oportunidad a que estos sectores que se han visto marginados puedan participar con productos locales atiende la necesidad bajo los estándares de la administración y a un menor costo, no dejando a lado el tema de la calidad.

En procesos precontractuales como el de Régimen Especial para la Comunicación, tiene demasiadas falencias, es el caso de que no existen techos respecto a la cuantía, incluso por esto se emplean contrataciones que nada tienen que ver con esta modalidad, actividades comunicacionales como estrategias comunicacionales, estudios o sondeos se podrían ser contratados a través de procedimientos de consultoría (Cordova , 2019, p. 147). Sin embargo en vez de la consultoría que propone al señor Córdova sería mucho más eficaz la aplicación de las consultas preliminares, ya que incluso en los procedimientos de consultoría se direcciona a la contratación tal y como veremos en el apartado respecto a la consultoría directa.

A lo largo de este trabajo hemos hecho hincapié en la consultoría directa, la cual se deriva en consecuencia de los estudios que se tienen que ejecutar para contrataciones complejas cuando el ente y sus funcionarios desconocen el área de contratación que pretendan accionar, cabe mencionar que en este procedimiento el margen de discrecionalidad es enorme.

López (2011) señala que:

“la consultoría es un servicio especializado de carácter intelectual que realiza una persona natural o jurídica para proceder al ante administrativo del mejor consejo calificado respecto a un determinado asunto. “

Al ser un servicio donde prima el intelecto, el conocimiento y experiencia es imposible que estos aspectos están homologados, por lo tanto no puede ser un servicio normalizado, es así que se pueden beneficiar a terceros adjudicando de manera directa a quien se haya invitado, limitando el área de opinión de otros agentes expertos en la materia, el llamamiento de todo operador se hace a través de la consulta, donde no solo se propina el conocimiento de varios sectores sino que además estas soluciones van en razón de la actualidad vigente del mercado.

Si se hace una consulta del mercado, incluso para el proceso de consultoría se podrá demostrar la capacidad técnica y administrativa disponible, por lo tanto si el experto se le adjudica el contrato podrá demostrar su idoneidad, su capacidad respecto a recursos, instrumentos y equipos a utilizarse para el estudio que tenga que realizar, porque ya contará con lineamientos establecidos por la entidad que han sido propinados por los demás expertos, además se centrará precisamente en que se cumpla los procedimientos que se han propuestos para llevar a cabo esta contratación, ya que incluso para este procedimiento será necesario que se tenga establecida la necesidad, el objeto, estudios, términos y especificaciones técnicas.

Tal y como señala Córdova (2019):

“Que todo proceso de contratación nace de una necesidad y que el procedimiento de consultoría no es la excepción, ya que antes de solicitar este procedimiento la entidad deberá contar con estudios, diseños completos y definitivos, actualizados, planos y cálculos, términos de referencia, entre otros” . (Cordova, 2019)

Podemos observar que dicho procedimiento vulnera principios de competencia, igualdad de trato y incluso el de eficiencia, ya que podría retardar el procedimiento por análisis que se pueden establecer a través de la consulta y en caso de que dichas soluciones otorgadas por los operadores no puede llevarse a cabo por la entidad, ya sea por falta de experticia o tiempo, cuando aun dando las soluciones no sepan, ahí sería necesario implementar este procedimiento ya que tenemos lineamientos para basarnos y actuar.

Son innumerables las falencias que se dan en cada procedimiento o modalidad contractual, muchos de estos inconvenientes podrían solucionarse con la aplicación de las

consultas, sin embargo no es me posible a abordar cada una de las modalidades, ya que cada una tiene sus aspectos propios que la componen, por lo tanto sería necesario otro trabajo de investigación que analice el beneficio de incorporar las consultas en la fase previa de cada procedimiento existente en contratación pública de nuestra legislación, sin embargo a más de haber analizado ciertos procedimientos, me centraré en actuaciones prácticas de las consultas y soluciones que se dan en objetos contractuales específicos para culminar el beneficio de incorporar a este herramienta.

En un contrato el cual tenga como objeto Servicio inteligente de gestión y producción de lavandería y lencería dentro un hospital, se podría aplicar una consulta preliminar del mercado, en donde se plantean soluciones aplicando las tecnologías TIC.

Como primera solución en este tipo de contratos se empezaría por la renovación de infraestructura donde se establezca una área en donde se vaya a desempeñar estas actividades, luego proceder a la creación de un sistema para la identificación e información de la ropa, tales como batas, pantalones, pijamas de pacientes, sábanas, etc. Mediante este sistema se podrá hacer revisiones, inventarios, de lencería que conste en los almacenes, donde el programa puede mandar una alerta cuando se esté debajo del Stocks de prendas, así como tener una gestión respecto al uso, al tiempo de uso.

Así como también procesos de lavado, en donde se puede establecer una zona de pesaje para paquetes de ropa clasificados de ciertos kilos, aumentando la capacidad de lavado, el modo de hacerlo, minimizar el consumo de luz, gas, electricidad, jabones. Establecer parámetros de secado respecto a la temperatura a usarse en ese proceso, etc.

Este tipo de contrato se dio a través de la aplicación de una consulta preliminar del mercado que atienda todos los aspectos que hemos señalado, mediante soluciones tecnológicas actuales del mercado, el contrato fue empleado por Hospital Clínico Universitario “Lozano Blesa” de Zaragoza, contrato completamente aplicable que en la legislación ecuatoriana, ya que la misma reconoce la tecnología TIC y tal como mencionamos en el primer capítulo nuestra normativa está diseñada en base al empleo de la tecnología.

Todos estos lineamientos no se pueden llevar a cabo a través de una consultoría directa, ya que antes debo tener identificada la necesidad y establecer el objeto, con la consulta preliminar podemos implementar la creación de programas en base a la tecnología actual del mercado que no solo atenderá a las soluciones, si no que propone temas de operatividad, así

como factores de calidad, vigencia, económico, social, ambiental que es imposible encontrar en cualquier figura a emplearse en la etapa previa de nuestra legislación, por procedimientos como estos es necesario la aplicación de las consultas preliminares, que como hemos visto esta herramienta es aplicable a todo tipo de procedimiento precontractual de nuestra legislación.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones

Las consultas preliminares están configuradas como una herramienta adecuada y vital para socializar y entablar un escenario de diálogo donde se regule las actuaciones por parte de los dos intervinientes más importantes en los procesos de contratación pública como la Administración Pública y el contratista, estableciendo parámetros transparentes para los operadores, oferentes y agentes involucrados donde tenga amplios márgenes de participación donde se puedan hacer notar frente a los entes sobre su capacidad de solución frente a las necesidades de la entidad proporcionando resultados que vayan acorde a lo que busca el órgano contratante.

Tendremos contratación estratégica al implementar esta herramienta lo cual se verá identificado en la eficiencia del gasto público, por la participación de varios operadores, en especial los MYPIMES, que son la pequeña y mediana empresa que tanto se ha visto marginada en la contratación de nuestro país, la participación de todos estos agentes permite que el criterio de selección de la oferta se da en parámetros de propuestas innovadoras, que potencien aspectos sociales, ecológicos, objetivos completamente alcanzables que este modo permite. Así mismo el alcance de los objetivos inmediatos y eficientes al servir de apoyo al momento de preparar la contratación, mediante la ayuda que proporciona a la preparación de los pliegos y de las ofertas.

No es una herramienta que vaya a retardar los procesos, ya que está pensada para ayudar a la administración en caso de que no pueda determinar la necesidad o tenga una idea escueta de la misma, además de especificar de manera correcta el objeto contractual y en base de estos elegir el procedimiento precontractual o modalidad contractual, procedimientos que a lo largo de estos capítulos hemos visto que dejan espacio abierto a que se desarrollen actos de corrupción, por dejar a la discrecionalidad aspectos de selección, de puntaje, de cuantía, en donde se hacen pactos para el contratista a favor del funcionario que le ha proporcionado el contrato, en es necesario donde los mismos operadores hacen pactos para elevar el precio, configuran organizaciones delictivas encaminadas al aprovechamiento de vacíos legales o estrategias para poder hacerse de un contrato.

Lo cual hacen a través de estudios que van encaminados a favorecer a determinadas marcas, patentes, proveedores, fabricantes, contratistas, modelos, etc. En donde se hacen

especificaciones técnicas y términos de referencia con excentricidades técnicas o condiciones solo para aumentar el precio o favorecer a ciertos grupos siempre esperando una parte de las ganancias por el funcionario que permitió que se den estos sucesos.

Así mismo podemos solucionar actos de pequeñas corruptelas como información asimétrica, que da anticipadamente noticias a ciertos grupos de los planes de la administración, o publicar contratos en fechas inconvenientes o festivas donde los operadores puedan estar distraídos y solo pocos direccionados por funcionarios puedan presentar ofertas.

Sabemos que los funcionarios o el propio ser humano no tiene la capacidad para conocer de todas las ramas y disciplinas y hay escenarios donde el servidor público no tiene intenciones de fraguar actos de corrupción y beneficiarse sin embargo en razón de su desconocimiento de cómo llevar a cabo determinado procedimiento o modalidad, termina celebrando contratos que a la postre van a traer perjuicios a las entidades públicas, en cancelación de procedimientos, en multas mal impuestas, en terminaciones unilaterales mal impuestas, en contactos con mayor cuantía, en llevar a cabo contratos complementarios los cuales tienen un coste adicional, todas estas malas actuaciones se pueden evitar implementando una consulta preliminar, ya que como resultado vamos a tener una buena preparación de los pliegos y podemos observar lineamientos jurídicos que van a mitigar los posibles conflictos precontractuales que puedan generarse, los cuales tienen una vez más un coste adicional por parte de la entidad, el hecho de aplicar esta herramienta en la fase preparatoria es vital, ya que la contratación es un todo concatenado que toda actuación que se realice en cada una de las etapas va repercutir en otra.

Esta herramienta motiva y devuelve la esperanza a los distintos operadores que a lo largo de este tiempo han perdido la fe de participar en procesos de contratación público ya que muchas veces estos ya están direccionados, esta herramienta juega un papel importante en incentivar a las personas a participar en los procesos, ya que se trata de una política pública interseccional que ofrece oportunidades, ya que el desarrollo de los derechos de participación es que el sujeto social se convierta en protagonista de su propio bienestar.

4.2 Recomendaciones

- 1.- Debe impulsarse la creación de un espacio específico para las consultas preliminares del mercado, tanto en el portal de compras públicas, como en la página oficial de las entidades contratantes.
- 2.- Permitir la presentación de oferta por aquellos que participaron en la consulta preliminar del mercado, salvo casos excepcionales donde se pueda falsear la competencia.
- 3.- Las entidades tendrán que tener una metodología para llevar a cabo las consultas preliminares del mercado, incluso establecer un programa entre instituciones para que se pueda dar el cruce de información de cómo llevar a cabo esta herramienta entre instituciones.
- 4.- Tener en cuenta que la realización de una consulta preliminar del mercado y la participación en la misma, no es garantía de que se llevará a cabo un procedimiento de contratación.
- 5.- El uso de esta herramienta es potestativa, facultativa por lo tanto queda a criterio de la entidad emplearla o no.
- 6.- Es vital emplear esta herramienta para contratos donde prime el uso de tecnología o creación de productos y servicios en la compra innovación.
- 7.- No implementar esta herramienta cuando la entidad tenga claro la necesidad y el objeto contractual, ya que en vez de agilizar el trámite de contratación y cumplir con el principio de eficiencia y eficacia estaríamos haciendo todo lo contrario.
- 8.- Que las soluciones que den por parte de los operadores no sean objetos contractuales delimitados, concretos, que vayan secuestrar el órgano de contratación, por lo tanto las soluciones tendrán características generales o abstractas.
- 9.- El SERCOP deberá emitir resoluciones de cómo llevar a cabo una consulta, emitir criterios de selección de los operadores económicos en razón del área de estudio, establecer la obligación de documentar todo acto que se ejecute y normativa a la restricción de operadores cuando estos falseen la competencia, así como linimento de impugnación a la emisión de los dictámenes por parte de la entidad, para que puedan participar en el proceso siempre y cuando pueda probar que su participación no vaya a infringir derechos de igualdad de trato y competencia.

10.- Dejar a un lado los prejuicios y aplicar esta herramienta por parte de las instituciones cuando tengan desconocimiento de un determinado procedimiento, si se tiene dudas lo necesario es preguntar al mercado, ya que tiene información actualizada.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, R. (1993) Teoría General de la Concesión. *Revista de Derecho Público y Ciencias de la Administración*. Editorial Porrúa. .
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. <https://www.cec-epn.edu.ec/wpcontent/uploads/2016/03/Constitucion.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2010). Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Quito Registro Oficial. [Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.pdf \(ces.gob.ec\)](http://www.cec-epn.edu.ec/wpcontent/uploads/2016/03/Constitucion.pdf)
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2018). Código Orgánico Administrativo. Quito: Registro Oficial. <https://www.gobiernoelectronico.gob.ec/wp-content/uploads/2020/11/COA.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2022). Código Civil. Quito: Congreso Nacional. [https://www.registrocivil.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2017/05/Codificacion del Codigo Civil.pdf](https://www.registrocivil.gob.ec/wpcontent/uploads/downloads/2017/05/Codificacion_del_Codigo_Civil.pdf)
- Benjamín Herrera Barbosa, Contratos públicos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, reimpresión, Bogotá Colombia, 2004, pag. 220.
- BARBI MARTINEZ, V. (2021). Consultas Preliminares para una contratación estratégica, eficiente y responsable. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*.
- Castillo Andres “Los estudios de mercado, base fundamental en el proceso de contratación pública” El artículo analiza la importancia de los estudios de mercado en los procesos que adelantan las entidades públicas para seleccionar a los contratistas del Estado. Consultado en Observatorio Colombiano de Contratación Pública, 25/04/2016. <http://www.occp.co/los-estudios-de-mercado-base-fundamental-en-el-proceso-de-contrataci%C3%B3n-p%C3%BAblica>.
- Castro Andrango, K. P. (2016). La responsabilidad contractual del Estado y el rompimiento del equilibrio económico en los contratos de ejecución de obra . Quito-Ecuador.
- Circular Nro. SERCOP-SERCOP-2020-0021-C [SERCOP-SERCOP-2020-0021-C-1.pdf \(compraspublicas.gob.ec\)](http://www.compraspublicas.gob.ec).
- Código Orgánico General de Procesos. Asamblea Nacional del Ecuador. Registro Oficial: Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Código Orgánico Monetario y Financiero. Quito Registro Oficial. [Código Orgánico Monetario y Financiero-Libro-I-Act.29Nov2021.pdf \(jprf.gob.ec\)](http://www.jprf.gob.ec)

- Codina, A. (2014): Introducción al Régimen Inglés de los Contratos Públicos. *Revista de Administración Pública*, 194.
- Contraloría General del Estado (2009). Normas de control interno de la Contraloría General del Estado. https://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic5_ecu_ane_cge_12_nor_con_int_400_cg_e.pdf
- Cornejo Aguilar, J., Baldeon I., Moreta, A., Villacreces Valle, J., Acosta Lasso, J., Asanza Miranda, F., Córdova Vinueza, P., Baldeon B, C., Arciniega Marin, D. y Rodríguez Arana, J. (2020). *Estudios de derecho Procesal Administrativo conforme al COA*. Ecuador, Quito. Corporaciones de Estudios y Publicaciones.
- Davila, P. O. (2018). La comisión técnica y la etapa precontractual en los procesos de contratación pública.
- Díaz, J. (2014). La determinación del presupuesto referencial de los procedimientos dinámicos de contratación pública y su afectación en el gasto del Estado ecuatoriano. Bolívar-Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
- Díaz, J.F. Los procedimientos de emergencia en la contratación pública. *Revista de Derecho*, No. 30. [Vista de Los procedimientos de emergencia en la contratación pública \(uasb.edu.ec\)](http://uasb.edu.ec)
- DE GUERRERO MANSO, M.a del Carmen. (2018). Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público. Editorial Aranzadi.
- Dromi, R. (1999). *Licitación Pública*. Fundación Centros de Estudios Políticos y Administrativos.
- Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública (2016). Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados <https://dx.doi.org/10.1787/9789264250055-es>
- García, J.C. (2019). Las consultas preliminares de mercado de un año después. *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla- La Mancha*, (1), 22-25.
- Gordillo, A. (2013). Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas. Buenos Aires.
- Hernández, F. (2015). Los procedimientos dinámicos como herramienta de gobernanza electrónica. Quito: Universidad Simón Bolívar SEDE Ecuador.
- Jácome, M. El control de convencionalidad y la protección del derecho a la propiedad privada a partir de la sentencia del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. *Revista de derecho Foro*, 21.

- La Directiva 2014/24/UE recoge en el TÍTULO II “Normas Aplicables a los Contratos Públicos”, capítulo III “Desarrollo del procedimiento” Sección 1
- Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial 395, Suplemento, 4 de agosto de 2008.
- Logacho, V. (2015). Estudio del Proceso de Contratación Pública de bienes y servicios y su contribución al mejoramiento de la Gestión Administrativa. Caso Práctico: Coordinación General Administrativa Financiera de La Secretaría General de la Presidencia de la República. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.
- López Suárez, D., Pérez, A. J., & Aguilar, J. L. (2016). Manual de Contratación Pública (Segunda Edición ed.). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- López, N. (2010) Interrogantes y respuestas sobre la nueva ley de contratación pública. Editorial Jurídica del Ecuador.
- López, W. (2013). Tratado de Contratación Pública. Quito: Editorial Jurídica del Ecuador.
- Moreta, A. (2019). Procedimiento Administrativo Sancionador en el COA. Quito.
- Narváez, D. F. (2014). Análisis de la no concreción de los procedimientos precontractuales y los contratos administrativos, llevados a cabo por las entidades contratantes, en materia de contratación pública en el Ecuador. Quito: UCE.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. (2016). Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. Mejorando la Contratación Pública en el ISSSTE para Obtener Mejores Resultados.
- Peña, A. (2018). Valor estimado, presupuesto y precio en la nueva ley de contratos del sector público de 2017. Estudio Sistemático de la ley de contratos del sector público. Pamplona: Aranzadi.
- Perez, E. (2021). *Manual de Derecho Administrativo*. Corporación de estudios y Publicaciones.
- Poveda, D. F. (2018). Presentación de ofertas. En P. Dávila, Comisión Técnica y la etapa precontractual en la contratación pública.
- Poveda, D.F. (2020). *Instituciones de la Contratación Pública en el Ecuador Tomo II. Procedimientos Comunes, especiales y de régimen especial*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Quezada, P. (2020). Caso fortuito o fuerza Mayor. *Puente y Asociados*, 1-14. <https://www.puenteasociados.com/wp-content/uploads/2020/07/Caso-fortuito-ofuerza-mayor-Paola-Quezada-1-2.pdf>
- Real Academia Española. (2019). Control. En Diccionario del Español Jurídico. <https://dej.rae.es/lema/control>

Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación.

Resolución N.0 1093/2017 - C.A. Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (17 de noviembre del 2017). Oficio (hacienda.gob.es)

Resolución N.º Re-INCOP-2009-020- INCOP. Instituto Nacional de Contratación Pública (12 de mayo de 2009).

Resolución N.º Re-INCOP-2009-038- INCOP. Instituto Nacional de Contratación Pública (9 de diciembre de 2009)

Resolución No. RE-SERCOP-2012-062-SERCOP. Servicio Nacional de Contratación Pública (30 de mayo de 2012)

Resolución No. RE-SERCOP-2016-0000072 – SERCOP. Servicio Nacional de Contratación Pública (31 de agosto de 2016).

RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2017-0000083- SERCOP.Servicio Nacional de Contratación Pública (7 de diciembre 2017)

RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2020-0111- SERCOP. Servicio Nacional de Contratación Pública (23 de septiembre de 2020)

RESOLUCIÓN Nro. RE-SERCOP-2022-122 - SERCOP. Servicio Nacional de Contratación Pública (23 de febrero de 2022)

Solano, S. (1999). *Contratación Administrativa*. Editorial Librería del Profesor.

Valcárcel, P. (2018). Consultas preliminares del mercado como mecanismo para favorecer las compras públicas inteligentes. *Revista española de Derecho Administrativo*, (191), 23-33.

Villegas, F. (2017). *Contratación Pública Electrónica: Régimen legal y funcionamiento*. Corporación de Estudios y Publicaciones.

Zabala, J. (2003). *Introducción al Derecho Administrativo*. Edino.

REFERENCIAS

CODIGO ORGANICO DE PLANIFICACION Y FINANZAS PUBLICAS . (2020). *LEXIS S.A* . Obtenido de CODIGO ORGANICO DE PLANIFICACION Y FINANZAS PUBLICAS : https://ces.gob.ec/lotaip/2020/Julio/Literal_a2/C%C3%B3digo%20Org%C3%A1nico%20de%20Planificaci%C3%B3n%20y%20Finanzas%20P%C3%BAblicas.pdf

CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR. (2008). *LEXIS S.A.* Obtenido de
 CONSTITUCION DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR:
https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf

ESTUDIOS DE LA OCDE SOBRE GOBERNANZA PUBLICA. (2016). *MEJORANDO LA
 CONTRATACION PUBLICA EN EL ISSSTE PARA OBTENER MEJORES
 RESULTADOS* . Obtenido de ESTUDIOS DE LA OCDE SOBRE GOBERNANZA
 PUBLICA: <https://dx.doi.org/10.1787/9789264250055-es>

GAD MUNICIPAL DE MACHALA. (s.f.). *ALCALDIA DE MACHALA* . Obtenido de GAD
 MUNICIPAL DE MACHALA: <https://www.machala.gob.ec/>

LEXIS S.A. (2015). *CODIGO CIVIL ECUATORIANO* . Obtenido de LEXIS S.A :
<https://www.lexis.com.ec/biblioteca/codigo-civil>

LEXIS S.A. (AGOSTO de 2018). *CODIGO ORGANICO GENERAL DE PROCESOS.*
 Obtenido de LEXIS S.A : [https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-
 content/uploads/2018/09/Codigo-Org%C3%A1nico-General-de-Procesos.pdf](https://www.telecomunicaciones.gob.ec/wp-content/uploads/2018/09/Codigo-Org%C3%A1nico-General-de-Procesos.pdf)

LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA. (17 de
 FEBRERO de 2021). *LEXIS S.A* . Obtenido de LEY ORGÁNICA DEL SISTEMA
 NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA:
[https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-
 content/uploads/2021/04/losncp_actualizada1702.pdf](https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2021/04/losncp_actualizada1702.pdf)

REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION
 PUBLICA. (13 de JULIO de 2022). *LEXIS S.A* . Obtenido de REGLAMENTO DE LA
 LEY ORGÁNICA SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA:
[https://www.bce.ec/images/transparencia2022/juridico/reglamentogeneralalaleyorgani
 cadelsistemanacionaldecontratacionpublica3.pdf](https://www.bce.ec/images/transparencia2022/juridico/reglamentogeneralalaleyorganicadelsistemanacionaldecontratacionpublica3.pdf)

Sistema Oficial de Contratación Pública. (2013). *COMPRAS PUBLICAS GOB.* Obtenido de
 Sistema Oficial de Contratación Pública:
<https://www.compraspublicas.gob.ec/ProcesoContratacion/compras/>

Vinueza, P. C. (2019). *corrupcion e impunidad en la contratacion publica* . Quito :
 Corporacion de estudios y publicaciones .