

Oficio No. EPMMQ-2015-248

Quito, 10 de marzo de 2015

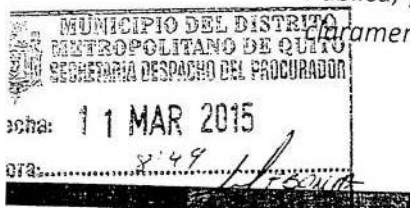
Doctor  
Gastón Velásquez  
Procurador Metropolitano  
MUNICIPIO DEL DISTRITO METROPOLITANO DE QUITO  
Ciudad

De mi consideración:

Por medio del presente, solicito a usted se digne absolver las interrogantes que a continuación se detallan:

1. ANTECEDENTES.-

- 1.1 Con Oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015, suscrito por el señor Sadinoel de Freitas Junior, Apoderado Común del CONSORCIO LINEA 1 METRO DE QUITO ODEBRECHT – ACCIONA, expresa: "#2. Las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349, estipulan entre otros que: "(...) los derechos y las obligaciones del Prestatario, de los proveedores de bienes y contratistas de obras para el proyecto se rigen por los documentos de licitación, y por los contratos firmados por el Prestatario con tales proveedores y contratistas, y no por las presentes Políticas ni por el Contrato de Préstamo. (...) i) Ha sido demostrado que el referido Artículo 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, no hace parte del proceso licitatorio y de adjudicación del Contrato, siendo aplicables únicamente en este proceso la LOSNCP y los Documentos de la Licitación. Tanto la Ley aplicable como los Documentos de Licitación excluyen toda negociación con anterioridad a la adjudicación del Contrato. ii) Cualquier proceso o procedimiento que emprenda la EPMMQ, que se aparte de lo textualmente establecido en el Pliego, puede producir la declaratoria de nulidad de todo el proceso por las autoridades de control ecuatorianas, lo cual, por ende, hiere el derecho legal que ostenta el mejor oferente respecto a la adecuada/correcta adjudicación del Contrato. iii) Como consecuencia del análisis anterior y del Artículo 41 de la LOSNCP, no es legalmente posible negociar nuestra propuesta con anterioridad a la adjudicación del contrato, a fin de obtener una reducción del alcance del contrato, la reasignación del riesgo y la responsabilidad, o ambas cosas, que se traduzca en una reducción del precio del Contrato. Siendo que además, una renegociación de la oferta antes de la adjudicación del Contrato, podría provocar el reclamo de otros proponentes por no permitírseles renegociar también sus propuestas. Tal como se demuestra en esta comunicación, existe la imposibilidad legal de realizar un proceso de renegociación previo a la adjudicación del Contrato, tanto porque tal posibilidad no ha sido contemplada en los Documentos de Licitación, como también porque sería contraria a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues induciría a una nueva fase en el proceso licitatorio, cuyas reglas fueron claramente establecidas en los pliegos y en la fase de preguntas y respuestas. De esta



*forma, el único escenario contemplado en los Documentos de la Licitación para poder adecuar o ajustar el objeto contractual, a través de un proceso de renegociación, debe tener lugar luego de que la EPMMQ proceda a adjudicar el Contrato al oferente que presentó la oferta evaluada como más baja.”.*

- 1.2 Mediante oficio No. 004-AIH-2015 de 20 de febrero de 2015, suscrito por el señor Gerard Clarens, Procurador Común de la Asociación Ansaldo – Impregilo – Herdoiza Crespo expresa: *“Es un error señalar que porque el proceso está sujeto a condiciones del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), no son aplicables complementariamente las leyes ecuatorianas pertinentes, pues el contrato se financia, en una porción importante, con el aporte de recursos públicos provenientes del Presupuesto General del Estado y además garantiza los créditos otorgados por los organismos multilaterales de crédito; consecuentemente, el Gobierno del Distrito Metropolitano de Quito se encuentra sujeto a las normas nacionales que regulan el endeudamiento y la adquisición de compromisos de carácter económico(...). (...) el procedimiento de contratación **no prevé una etapa de negociación** con el proponente con la oferta más baja. Además, hay que tener presente que la modificación importante del objeto de la licitación, en función de cambios de planos y especificaciones técnicas, alteran sustancialmente los documentos de la licitación e incluso pueden modificar el orden de prioridad de las ofertas. La apertura o inicio de una etapa de negociación, **a más de violar el procedimiento, rompería claramente el principio de igualdad entre los oferentes**, pues la “oferta negociada” no correspondería a las especificaciones y condiciones sobre las cuales todos ofertaron, ni tampoco al precio que se consideró al momento de la evaluación. Los pliegos indican con claridad que **el precio** de la oferta no puede variar ni ser modificado a pretexto de aclarar la oferta o rectificar vicios no sustanciales, por tanto tampoco puede ser modificado mediante “una negociación”. (...) En síntesis, se habría creado una “oportunidad” que beneficia exclusivamente a un participante, y además se lo habría hecho con las ofertas ya abiertas y evaluadas, lo cual es totalmente cuestionable y contrario a las Políticas del propio BID (1.3). Se debe considerar que la ventaja ilegítima y la modificación de los pliegos de la licitación en beneficio directo de un proponente, hace propicio el inicio de acciones legales por parte de cualquiera de los oferentes en contra del Municipio, Empresa Metropolitana y de los funcionarios involucrados (...)”.*

## 2. BASE LEGAL

- 2.1 En el Contrato de Proyecto, suscrito entre el Banco Europeo de Inversiones; el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito; y, la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, el 28 de noviembre de 2012, en la estipulación 3.04 dice. *“El Municipio y EPMMQ se comprometen a adquirir los bienes y contratar las obras y servicios relacionados con el Proyecto mediante procesos internacionales de licitación y contratación pública abierta o cualquier otro procedimiento de licitación que cumpla a satisfacción del Banco, con la política descrita en la Guía de Licitación (Guide to Procurement) del Banco que se encuentre en vigor a la fecha de firma del presente Contrato, incluido la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea (en su caso). Los procedimientos de licitación (y los documentos correspondientes), y en particular*

*las especificaciones técnicas, deberán ser auditados y aprobados por la UEP o en caso de no estar aún conformada por la EPMMQ y/o el Municipio, por una consultora independiente e internacional”.*

- 2.2 En los Principios de Colaboración para el Proyecto Primera Línea del Metro de Quito, suscrito entre el Banco Interamericano de Desarrollo; el Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo; Banco Europeo de Inversiones; y, Corporación Andina de Fomento, el 6 de diciembre de 2013, en el numeral 2 (b) (i) señala: *“nombrar al BID como el coordinador de todos los asuntos relacionados con las adquisiciones, y salvaguardas ambientales y sociales (“salvaguardas”), y aspectos de la gestión financiera del Proyecto (...)”.*

Así mismo, en el numeral 3 (a) establece: *“Los Financistas confirman que, salvo las excepciones establecidas en los apartados Sub (b) y (c) siguientes, las políticas de adquisiciones del BID (Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo, de fecha marzo 2011) se aplicarán a la adquisición y ejecución del Contrato Financiado Conjuntamente”.*

- 2.3 En el Aviso General de Adquisiciones, debidamente publicado el 20 de noviembre de 2012 en los sitios de internet de United Nations Development Business (UNDB online) y del Banco, que forma parte de los Documentos de Licitación, se hizo conocer que *“La licitación del contrato de construcción de la infraestructura financiado por el BID, la CAF y el BEI, se llevará a cabo utilizando los Documentos Estándar del BID y aplicando los procedimientos indicados en las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo (edición actual) y los principios establecidos por el BEI para adquisiciones y podrán participar en ella todos los oferentes de países miembros del BID y de la Unión Europea que no son miembros del BID”.*

- 2.4 En el Contrato de Préstamo, celebrado entre International Bank for Reconstruction and Development y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, el 11 de noviembre de 2013, en la Section III Procurement, A, 2: *“Goods, Works and Non-consulting Services. Without limitation to the provision mentioned in paragraph I above, all goods, works and non-consulting services required for Part II of the Project and to be financed out of the proceeds of the Loan shall be procured by the Borrower: (a) in accordance with the provisions set forth in paragraphs 1.8 and 1.10 (c), 1.14 and 1.16 of the Procurement Guidelines and with the provisions of this Section”.*

Así mismo, en la Section I, Definitions, 18.: *“IADB Procurement Rules” means Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo, dated March 2011”.*

- 2.5 Las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 señalan en el numeral 1.1: *“Este documento tiene por objeto informar a los encargados de la ejecución de un proyecto financiado en su totalidad o en parte con un préstamo del Banco Interamericano de Desarrollo o*

*fondos administrados por el Banco y ejecutados por el Beneficiario acerca de las políticas que rigen la adquisición de los bienes, de las obras y servicios conexos (distintos de los servicios de consultoría) necesarios para el proyecto. Las relaciones legales entre el Prestatario y el Banco se rige por el contrato de préstamo y la aplicabilidad de estas Políticas para la contratación de bienes y de obras se estipula en dicho contrato. Los derechos y las obligaciones del Prestatario, de los proveedores de bienes y contratistas de obras para el proyecto se rigen por los documentos de licitación, y por los contratos firmados por el Prestatario con tales proveedores y contratistas, y no por las presentes Políticas ni por el Contrato de Préstamo.”;*

De igual manera el numeral 1.5. de las referidas Políticas indica: *“Los procedimientos descritos en estas Políticas se aplican a toda contratación de bienes y obras financiadas total o parcialmente con los fondos del préstamo”.*

En numeral 2.63 de las Políticas establece: *“No deben rechazarse todas las ofertas y llamarse a una nueva licitación sobre la base de las mismas especificaciones con la sola finalidad de obtener precios más bajos. Si la oferta evaluada como la más baja que responde a lo solicitado excediera el costo estimado por el Prestatario, previamente a la licitación, por un monto considerable, el Prestatario debe investigar las causas del exceso de costo y considerar la posibilidad de llamar nuevamente a licitación, como se indica en los párrafos anteriores. Como alternativa, el Prestatario podrá negociar con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja para tratar de obtener un contrato satisfactorio mediante una reducción del alcance del contrato, la reasignación del riesgo y la responsabilidad, o ambas cosas, que se traduzca en una reducción del precio del contrato”.*

- 2.6 El artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, establece: *“Contratos Financiados con Préstamos y Cooperación Internacional.- En las contrataciones que se financien, previo convenio, con fondos provenientes de organismos multilaterales de crédito de los cuales el Ecuador sea miembro, o, en las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de financiamiento de gobierno a gobierno; u organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de esta Ley”.*
- 2.7 En concordancia con el artículo transcrito en el párrafo anterior, el artículo 2 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, dice: *“Contratos financiados con préstamos y cooperación internacional.- En la suscripción de los convenios de crédito o de cooperación internacional se procurará medidas para la participación directa o asociada de proveedores nacionales. El régimen especial previsto en el artículo 3 de la Ley se observará independientemente que el financiamiento internacional sea total o parcial, siempre que se observen las condiciones previstas en el Convenio”.*



3. CRITERIO JURÍDICO.-

- 3.1 Del Contrato de Proyecto, suscrito con el Banco Europeo de Inversiones (BEI); así como de los Principios de Colaboración, suscrito por los cuatros Bancos Multilaterales, se desprende que para la contratación de obras para el Proyecto Primera Línea del Metro de Quito, el coordinador del proyecto será el Banco Interamericano de Desarrollo (BID); y, que se sujetará a las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo que se encuentren en vigor a la fecha de la firma del presente contrato.
- 3.2 De la normativa legal transcrita en líneas precedentes se puede colegir que el PROCESO DE LICITACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2 DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO SOLICITUD DE PRECALIFICACIÓN NO. SDP-01-2013-METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL NO. RELI-01-2013-METRODEQUITO-BID-CAF-BEI, se rige por las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, las cuales son aplicables a toda contratación de bienes y obras financiadas con los fondos del préstamo y, que han sido convenidos y aceptados previamente por las partes involucradas, tanto es así que el Banco examina los procedimientos, documentos, evaluaciones de ofertas, recomendaciones y adjudicaciones con los procedimientos convenidos al dar su NO OBJECIÓN.

Es lógico y jurídico señalar que todos los documentos de licitación, mantienen un absoluto vínculo y se encuentran tutelados por las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9. Tanto es así que el Aviso General de Adquisiciones publicado el 20 de noviembre de 2012 en los sitios de internet de United Nations Development Business (UNDB online), se expresa claramente que la Licitación del contrato de construcción se llevará a cabo utilizando los documentos estándar del BID y aplicando los procedimientos indicados en estas Políticas.

La normativa nacional, claramente establece que las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de organismos internacionales de cooperación, como es el caso, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Tal como consta en el Contrato de Proyecto suscrito con el Banco Europeo de Inversiones; y, en los Principios de Colaboración celebrado entre los Bancos Financistas, que establecen que el proceso de contratación de la obra, se someterán a las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9. Con lo cual, se evidencia que no se aplica la legislación nacional.

En conclusión, el PROCESO DE LICITACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2 DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO SOLICITUD DE PRECALIFICACIÓN NO. SDP-01-2013-METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL NO. RELI-01-2013-METRODEQUITO-BID-CAF-BEI, se rige por las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, los

Documentos de Licitación; y, únicamente lo no previsto en los mencionados documentos, se registrá por las disposiciones de la Ley nacional.

- 3.3 De conformidad con el numeral 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, una vez obtenida la "No Objeción" al informe de evaluación de ofertas por parte de los Bancos Multilaterales; y, en el caso de que la oferta evaluada como la más baja excediera el costo estimado por el Prestatario, en vez de rechazarse todas las ofertas, existe la alternativa, que el Prestatario negocie con este oferente, para tratar de obtener un contrato satisfactorio mediante una reducción del alcance del contrato, la reasignación del riesgo y la responsabilidad, o ambas cosas, que se traduzca en una reducción del precio del contrato.
- Hay que resaltar que ésta política al referirse a "oferente", es porque todavía no se le ha adjudicado el contrato, menos que ha suscrito el contrato, lo cual se traduce que la alternativa de negociar con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja, con el fin de reducir el precio del contrato, es de manera previa a la adjudicación del contrato.
- 3.4 Tal como consta en la transcripción del numeral 1.1 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, los derechos y obligaciones del Prestatario, de los proveedores de bienes y contratistas de obras para el proyecto, se rigen por los documentos de licitación, y por los contratos firmados por el Prestatario y contratistas, y no por las presentes Políticas ni por el Contrato de Préstamo.
- 3.5 Tal como consta en la transcripción del numeral 1.1 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 *"Los derechos y obligaciones del Prestatario, de los proveedores de bienes y contratistas de obras para el proyecto, se rigen por los documentos de licitación, y por los contratos firmados por el Prestatario y contratistas, y no por las presentes Políticas ni por el Contrato de Préstamo"*.

Ahora bien, hay que dejar en claro que los oferentes de este proceso, NO tienen la calidad de "Prestatario", pues el Prestatario es el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, ni "Proveedores de bienes", pues este procedimiento no es para la adquisición de bienes; ni "Contratistas de obras"; pues todavía no se ha suscrito el contrato de obra; por cuanto actualmente seguimos en la etapa precontractual.

En conclusión, los derechos y obligaciones que se refieren este numeral 1.1 de las Políticas, nacen recién con la suscripción del contrato de obra, cuyas partes se denominarán "Prestatario" y "Contratista de Obra", pues solo a partir de esto, se generan efectos jurídicos entre las partes, bajo lo que establecerá el contrato firmado por el Prestatario y Contratista; y, los documentos de licitación; pues ya no registrán las Políticas, por cuanto son aplicables exclusivamente en la etapa precontractual.

4. CONSULTA.-

De acuerdo con los antecedentes, base legal y criterio jurídico, solicito a usted absolver las siguientes consultas:

- 4.1 EL PROCESO DE LICITACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2 DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO SOLICITUD DE PRECALIFICACIÓN NO. SDP-01-2013-METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL NO. RELI-01-2013-METRODEQUITO-BID-CAF-BEI, se rige por las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9; los Documentos de Licitación; y, tan solo en lo no previsto en estos documentos, se aplicará la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General?.
- 4.2 De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, en el caso de que la oferta evaluada como la más baja excediera el costo estimado por el Prestatario, en vez de rechazarse todas las ofertas o llamar a una nueva licitación, existe la alternativa, de que el Prestatario negocie con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja para tratar de obtener una reducción del precio del contrato, es decir, esta negociación será única y exclusivamente con el oferente cuya oferta haya sido evaluada como la más baja?.
- 4.3 En caso de que el Prestatario acoja la alternativa de negociar con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja para tratar de reducir el precio del contrato, esto será de manera previa a la adjudicación del contrato?.
- 4.4 Lo dispuesto en el numeral 1.1 de las Políticas, se refiere a que los derechos y obligaciones nacen con la suscripción del contrato de obra, cuyas partes se denominarán "Prestatario" y "Contratista de Obra", en cuyo caso, regirá el contrato firmado entre las partes y los documentos de licitación. Mientras se continúe en la etapa precontractual, son aplicables las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9?.

En espera de su pronta contestación.

Atentamente,



Mauricio Anderson Salazar

Gerente General

Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito