

D.M. de Quito, 19 de marzo de 2015

Oficio No. 0000106

Máster
Mauricio Anderson Salazar
Gerente General
Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito

Señor Gerente General:

En atención a su consulta formulada en oficio EPMMQ-20115-0248 del 10 de marzo de 2015 y oficio No. EPMMQ-2015-274 de 17 de marzo de 2015, cúmpleme en manifestar:

1. COMPETENCIA:

El Procurador Metropolitano es competente para la absolución de la consulta presentada por el Gerente General de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito de conformidad con la Resolución A 004 de 12 de febrero de 2015, sin embargo la interpretación de la normativa del Banco Interamericano de Desarrollo escapa a nuestra competencia y este oficio no pretende pronunciarse respecto de una interpretación o acto que le correspondería expedir o ejercer a este organismo o a las entidades financieras que lo nombraron como coordinador.

2. SOLICITUD DE CRITERIO LEGAL:

- I. *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?*
- II. *De conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco del Interamericano de*

Página 1 de 8

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?

III. 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?

IV. 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-349-9?

3. CRITERIO DE LA EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA METRO DE QUITO:

De la consulta citada en el numeral 2.I del acápite anterior: "...De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el artículo 2 de su Reglamento General, se establece que las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de organismos internacionales de cooperación, se observará lo acordado en los respectivos convenios. Por lo tanto, en el caso que nos ocupa, al tener firmados los Convenios de Crédito con el Banco Europeo de Inversiones; y, con el Banco Mundial (BIRF Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), todas las contrataciones de bienes, obras y servicios que se requieran para la Fase II del Proyecto Primera Línea del Metro de Quito y que van a ser financiados con los fondos del préstamo, de las cuales, se encuentra incluido 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 observará lo previsto en los convenios de crédito, en virtud de los cuales, tiene que considerarse las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011 | 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 los convenios de préstamo suscritos con los Organismos Multilaterales; por lo tanto, por las Políticas de Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011; y, por los Documentos de Licitación, únicamente en lo no previsto en los referidos documentos, se observará la LOSNCP... ”.

De la consulta citada en el numeral 2.II del acápite anterior: “...Una vez aclarado en la primera pregunta, que para el PROCESO DE LICITACIÓN PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA FASE 2 DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO, rige las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011. En las mencionadas Políticas, numeral 2.68, existe la alternativa, de que la EPMMQ en su calidad de Prestatario, de considerarlo pertinente, negocie con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja para tratar de obtener una reducción del precio del contrato, entendiéndose al respecto, que la negociación únicamente se podrá realizar con el oferente cuya propuesta sea evaluada como la más baja siempre que cumpla con todo lo solicitado en el documento de la licitación...”.

De la consulta citada en el numeral 2.III del acápite anterior: “...La negociación prevista 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 de marzo de 2011, es una alternativa para evitar que se rechacen todas las ofertas presentadas, con carácter previo a la adjudicación del contrato...”.

De la consulta citada en el numeral 2.IV del acápite anterior: “...Es importante recalcar que el numeral 1.1 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-22349-9, contienen una declaración general, cuyo propósito es aclarar que en una licitación sujeta a las políticas el BID, los oferentes participantes en el proceso de licitación tengan derechos oponibles contra las políticas antes indicadas, por cuanto en ellas claramente se establece que “Los procedimientos descritos en estas Políticas se aplicaran a toda contratación de bienes y obras financiadas total o parcialmente con los fondos del préstamo”. Por lo tanto los oferentes razonablemente no pueden desconocer la incorporación de las Políticas de Adquisición al plexo normativo aplicable a la presente licitación. | Ahora bien, hay que dejar en claro que los oferentes de éste proceso, NO tienen la calidad de “Prestatario”, pues el Prestatario es el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, ni “Proveedores de Bienes”, pues éste procedimiento no es para la adquisición de bienes; ni “Contratistas de Obra”, pues todavía no se ha suscrito el contrato de obra; por cuanto actualmente seguimos en la etapa precontractual. | Los derechos y obligaciones que se

refieren en el numeral 1.1 de las Políticas, nacen recién con la suscripción del contrato de obra, cuyas partes se denominaran "Prestatario" y "Contratista de Obra", pues solo a partir de esto se generan efectos jurídicos entre las partes, bajo o que se establecerá el contrato firmado por el Prestatario y Contratista; y, documentos de licitación; y por tanto ya no regirán las Políticas, por cuanto son aplicables exclusivamente en la etapa precontractual...".

4. DOCUMENTOS ADJUNTOS A LA CONSULTA:

Se remitieron adjunto a la opinión legal de la consultante, los documentos aquí citados, excepto las Normas Adquisiciones de bienes, obras y servicios distintos a los de consultoría con préstamos del BIRF, créditos de la AIF y donaciones por prestatarios del Banco Mundial, la cual se usó como documento de consulta el que se encuentra en la página electrónica de dicha entidad¹.

Aunque los documentos impresos están certificados, se deja constancia que se tratan de traducciones y carecen de firmas, por lo que quien suscribe salva el criterio de producirse discrepancias con los documentos originales o por defectos en la traducción respecto a la intención de las partes.

Esta opinión no incluye en el análisis las objeciones presentadas por los oferentes, en razón de no ser parte de la consulta y no adjuntarse el texto con sus argumentaciones.

5. ANÁLISIS Y OPINIÓN LEGAL:

Consulta 1.

En el Contrato de Préstamo (Proyecto para la Primera Línea de Metro de Quito) suscrito ente el International Bank for Reconstruction and Development y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito el 11 de noviembre de 2013, se establece de la lectura de la Sección III letra A número 2 que todos los trabajos y servicios que no sean de consultoría que se requieran para la Parte II² del Proyecto y que van a ser financiados con los fondos del Préstamo deberán ser adquiridos por el Prestatario: (a) de conformidad con las disposiciones establecidas en los párrafos 1.8 y 1.10 (c), 1.14 y 1.16 de los Lineamientos de Adquisición; y (b) de otra manera, también de conformidad con las Reglas de Adquisición del BID; por consiguiente y considerando la Sección 1 sobre las definiciones, se deduce que es pertinente la aplicación de las Políticas para la Aplicación de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo con fecha

¹ Fuente:

http://siteresources.worldbank.org/INTPROCUREMENT/Resources/278019-1308067833011/Procurement_GLS_Spanish_Final_Jan2011.pdf [Fecha: 19/03/015]

² Procedemos en el entendido que el término Parte en la traducción se refiere al uso del término fase en español.



marzo de 2011, sin perjuicio de observar los párrafos expresamente determinados en el Contrato de Préstamo respecto de los Lineamientos: Adquisiciones de Bienes, Trabajos y Contratación de Servicios que no son de Consultoría en virtud de los préstamos del BIRF, los créditos de la AIF, y las Subvenciones de los Prestatarios del Banco Mundial con fecha enero de 2011.

Esta condición de aplicabilidad de la norma BID de marzo de 2011 los organismos multilaterales de crédito la aceptaron conforme consta en los Principios de Colaboración suscrito entre el Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Internacional de Reconstrucción y Desarrollo, Banco Europeo de Inversiones y Corporación Andina de Fomento de fecha 6 de diciembre del 2013, conforme el apartado 3 (a) 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 Aplicación de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo con fecha marzo de 2011) se aplicaran a la adquisición y ejecución del Contrato financiado conjuntamente.

La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone, cito:

Art. 3.- 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.

Es opinión de esta Procuraduría a la primera consulta, que se aplicará el régimen jurídico ecuatoriano sobre contratación pública en lo no previsto en dichos convenios. Respecto a los instrumentos dados en conocimiento a este despacho, se infiere de sus estipulaciones que las políticas de adquisiciones del BID³ se aplicaran a la adquisición y ejecución del Contrato financiado conjuntamente.

Consultas 2 y 3.

Respecto a la aplicación de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de Marzo 2011, a

³ Políticas para la Aplicación de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo con fecha marzo de 2011

efecto de que la negociación sea única y exclusivamente con el oferente cuya oferta haya sido evaluada como la más baja, se encuentra en el apartado 2.63 de las Políticas precitadas la siguiente disposición, cito:

- 2.63 No deben rechazarse todas las ofertas y llamarse a 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. Sin embargo, si la reducción del alcance de los trabajos o la modificación que hubiera que introducir en los documentos del contrato fueran considerables podría ser necesario llamar a una nueva licitación.

Responder la consulta requiere previamente precisar que el Prestatario deberá resolver y motivar su resolución escogiendo la opción que estime pertinente entre aquellas previstas en el texto del apartado precitado.

Respecto a la opción indicada en la consulta, se evidencia del texto citado que la norma reconoce expresamente como atribución del Prestatario el que 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.

En el caso que el Prestatario acoja la alternativa señalada en el párrafo anterior, del apartado 2.63 se sigue de su tenor literal, que al referirse expresamente al oferente y por éste se entiende conforme el Diccionario de la Lengua Española a quien *ofrece*, por consiguiente alude a una categoría referida a un momento jurídico anterior al de adjudicado que es a *quien le asignaron o atribuyeron algo*, por lo expuesto se colige que la negociación debería ocurrir antes de la adjudicación.

Consulta 4.

Respecto a la opinión de la empresa sobre la interpretación del apartado 1.1 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de Marzo 2011, me permito citar:

- 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 Desarrollo⁴ o fondos administrados⁵ 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)³⁶ necesarios para el proyecto. Las relaciones legales entre el Prestatario y el Banco se rigen 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. Ninguna entidad distinta de las que suscriben el Contrato de Préstamo podrá obtener derecho alguno del mismo ni reclamar título alguno sobre el importe del préstamo.

Consideración previa respecto a las relaciones legales entre el Prestatario y el Banco éstas se rigen por el Contrato de Préstamo y la aplicabilidad de estas Políticas para la contratación de bienes y de obras se estipula en dicho contrato, por consiguiente y conforme la cita anterior, las Políticas rigen para la adquisición (entendida como la acción de adquirir) de los bienes, de las obras y servicios conexos, distintos de los servicios de consultoría, necesarios para el proyecto.

En este orden de ideas se deduce del texto del apartado 1.1 que la aplicación de las Políticas regiría en la fase precontractual y contractual, entendidas –siguiendo a la doctrina ecuatoriana a través de la obra de Efraín Pérez⁷- como: “...Esta etapa llamada “pre-contrato” por Dromi, se caracteriza por el contrato que se establece con los

⁴ La expresión “Banco” utilizada en estas Políticas comprende al Banco Interamericano de Desarrollo y los fondos administrados por el Banco, y la expresión “préstamos” abarca todos los instrumentos y métodos de financiación, las cooperaciones técnicas y los financiamientos de operaciones. La expresión “Contrato de Préstamo” comprende todos los instrumentos legales por medio de los cuales se formalizan las operaciones del Banco.

⁵ En caso de discrepancias entre el Acuerdo de Fondos Administrados y estas Políticas, prevalecerá el Acuerdo.

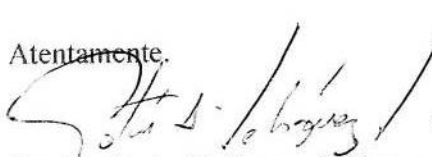
⁶ En estas Políticas, las referencias a “bienes” y “obras” incluyen servicios conexos, tales como: transporte, seguro, instalación, puesta en servicio, capacitación y mantenimiento inicial. La palabra “bienes” incluye productos básicos, materias primas, maquinaria, equipo y plantas industriales. Las disposiciones de estas Políticas también se aplican a servicios licitados y contratados sobre la base de la ejecución de un trabajo físico susceptible de medición, como perforación, trazado de mapas y operaciones semejantes. Estas Políticas no se refieren a los servicios de consultores, a los cuales se aplican las “Políticas para la Selección y Contratación de Consultores Financiados por el BID” vigentes (en adelante llamadas Políticas de consultores).

⁷ Efraín Pérez, Derecho Administrativo, Corporación de Estudios y Publicaciones Quito – Ecuador 2009, Tomo II, pág. 864

interesados en participar en calidad de oferentes, que no obliga contractualmente a las partes, pero que establece ciertos compromisos mutuos...” y por etapa contractual⁸: “...Después de la etapa que se denominó “previa” líneas arriba, se desarrolla la etapa de contratación propiamente dicha que está constituida por: 1. La elección del co-contratante; 2. La adjudicación; y, 3. La notificación y la suscripción del contrato...”; conforme los documentos remitidos en estas dos etapas se deberían considerar la aplicación de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de Marzo 2011.

Este pronunciamiento no tiene el carácter de vinculante, tampoco pretende desconocer el conjunto de obligaciones conexas previstas en los instrumentos citados que deberán observarse y se limita a la inteligencia y aplicación de normas jurídicas sometidas a consulta, siendo responsabilidad de la empresa consultante la aplicación de tales normas a los casos particulares.

Atentamente,


Dr. Gastón A. Velásquez Villamar

PROCURADOR METROPOLITANO



CC. Dr. Mauricio Rodas Espinel
Alcalde Metropolitano
Dra. Alexandra Pérez Salazar
Administradora General

⁸ Op. Cit. Pág. 867