

Oficio No. EPMMQ-2015-280

Quito, 23 de marzo de 2015

Señor
Sadinoel de Freitas Junior
Apoderado Común
CONSORCIO LINEA 1
Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Acciona Infraestructuras S.A.
Presente.-

De mi consideración:

En contestación a su oficio No. CL1-MT2-002-2015, de 25 de febrero de 2015, mediante el cual manifiesta:

"(...) 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 la Licitación, como también porque sería contraria a Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, pues introduciría una nueva fase en el proceso licitatorio, cuya reglas fueron claramente establecidas en los pliegos y en la fase de preguntas y respuestas."

Así mismo, en relación a su oficio No. CL1-MT2-003-2015 de 10 de marzo de 2015, en donde hace un ANÁLISIS DEL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL No. RELI 01-2013 METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI PARA LA EJECUCIÓN DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO, FASE 2; y, dentro de sus conclusiones, menciona:

"La alternativa al Rechazo de todas las Ofertas (a que tiene derecho el Prestatario), prevista en el numeral 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID, en el sentido de negociar con el Oferente que haya presentado la Oferta evaluada como la más baja, constituye solo una posibilidad ya que requiere de la anuencia previa de dicho Oferente. Además, dicha alternativa está prevista en el numeral 2.63 de las citadas Políticas del BID, que como ya se analizó es una disposición incompatible con el espíritu y propósito de las referidas Políticas, y constantes en su Numeral 1.1 y por consiguiente incompatible con el Contrato de Préstamo del cual forman parte."

Al respecto, me permito manifestar lo siguiente:

NORBERTO ODEBRECHT S.A.
CONSTRUTORA
RECIBIDO

23 MAR 2015

Hora: 12:56

Nombre: *[Firma]*

1

1. ANTECEDENTES

- 1.1 Con fecha 30 de enero de 2015, mediante correo electrónico, recibimos por parte de los Bancos Multilaterales, la “No Objeción” al Informe de Evaluación de las Ofertas presentadas en la Licitación Pública Internacional para la “Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2: Construcción de las Obras Civiles y Provisión y Montaje del Sistema de Equipamiento e Instalaciones”, cuyo texto es el siguiente: “(...) una vez analizada la documentación presentada, nos permitimos informar que el Banco no tiene objeciones al informe de evaluación, el cual presenta el análisis detallado y pormenorizado de todas las ofertas, que incluye información adicional y aclaratoria solicitada por las Entidades Multilaterales, clarifica que la oferta evaluada más baja, cumple sustancialmente con los requisitos y criterios establecidos en el documento de licitación y su valor se ajusta a los precios actuales de mercado (...)”.
- 1.2 Mediante correo electrónico enviado el 2 de febrero de 2015 por la Comisión Técnica EPMMQ, se les indicó que hemos recibido por parte de los Bancos Multilaterales la “No Objeción” al Informe de Evaluación de las Ofertas; que al ser su oferta como la evaluada más baja, de conformidad con el numeral 2.63 de las Políticas GN-2349-9, se presenta como alternativa de negociar con el oferente más bajo, a fin de obtener una reducción del alcance del contrato, que se traduzca en una reducción del precio del contrato; y, que oportunamente, se le hará conocer el procedimiento a seguir.
- 1.3 Mediante correo electrónico de 2 de febrero de 2015, el señor Sadinoel Freitas, en su calidad de Apoderado Común del Consorcio LINEA 1 CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A – ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., da contestación a nuestro correo, indicando que “En nombre del Consorcio Línea 1 Metro de Quito – Acciona – Odebrecht, permítanos felicitar a esta institución por el intenso trabajo desarrollado y por el logro obtenido. Aguardaremos vuestras instrucciones”.
- 1.4 Oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015, suscrito por usted, dirigido a mi persona.
- 1.5 Con fecha 4 de marzo de 2015, mediante oficio No. EPMMQ-2015-234, se consultó a los cuatro Organismos Multilaterales de Crédito, Banco Interamericano de Desarrollo, Banco Mundial, Banco de Desarrollo de América Latina y Banco Europeo de Inversiones, sobre la aplicabilidad de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, en 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.

A continuación, transcribo textualmente lo consultado:

- *“Se ratifique 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; 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?”.*
- *“Se ratifique que 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?”.*
- *“Se ratifique que 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?”.*
- *“Se ratifique que 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?”.*

1.6 Mediante oficio No. CL1-MT2-003-2015 de 10 de marzo de 2015, suscrito el señor Sadinoel Freitas, en su calidad de Apoderado Común del Consorcio LINEA 1 CONSTRUCTORA NORBERTO ODEBRECHT S.A – ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A., remitido a mi persona, indica que no ha recibido contestación a su oficio de 25 de febrero de 2015 y adjunta un ANÁLISIS DEL PROCESO DE ADJUDICACIÓN DE LA LICITACIÓN PÚBLICA INTERNACIONAL No. RELI 01-2013 METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI PARA LA EJECUCIÓN DE LA PRIMERA LÍNEA DEL METRO DE QUITO, FASE 2.

1.7 Mediante oficio No. EPMMQ-2015-248 de 10 de marzo de 2015, en mi calidad de Gerente General de la EPMMQ, solicité al Procurador Metropolitano del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, absuelva las mismas consultas que se requirió a los Organismos Multilaterales.

1.8 Mediante correo electrónico de 13 de marzo de 2015, los Bancos Multilaterales responden a nuestras consultas de 4 de marzo de 2015, en los siguientes términos:

“A continuación se da respuesta a cada una de las consultas en el mismo orden en que fueron recibidas:

- 1) *Respecto a la primera de las inquietudes, corresponde ratificar que el proceso de licitación de la referencia ha seguido las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (GN-2349-9 Marzo 2011, referidas en esta nota como “las Políticas”) y sus documentos de licitación.*
- 2) *Asimismo se ratifica que, de acuerdo con las Políticas, es aplicable lo previsto en el numeral 2.63 de las Políticas, es decir, ratificamos que, si la oferta evaluada como la más baja que responde a lo solicitado excediera el costo estimado por el Prestatario por un monto considerable, 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 que resulte en una modificación sustancial al mismo. 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.*
- 3) *Ratificamos que, de acuerdo con las Políticas, la negociación solo puede realizarse con carácter previo a la suscripción del contrato y sólo con aquel oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja. Por su parte, el oferente tiene la libertad de acceder a negociar o de decidir no hacerlo. El contratante tomará las medidas que considere necesarias dentro del marco de las Políticas.*
- 4) *Ratificamos que, de acuerdo con las Políticas, una vez suscrito un contrato de obra, la relación entre contratista y el prestatario (o el contratante) se rige por los términos y las condiciones establecidas en el contrato de obra que se suscriba entre esos sujetos de derecho y no por las Políticas que están destinadas a una etapa previa a la formalización del contrato de obra. Pero hasta tanto no se realice la adjudicación y se suscriba un contrato de obra, sigue abierto el proceso de selección y aplican las Políticas correspondientes. En tal sentido, previamente a la formalización del contrato de obra y para tener acceso al financiamiento, el Prestatario debe observar los procedimientos previstos en las Políticas y, en ese marco específicamente, se prevé la posibilidad de que el Prestatario negocie el contrato como alternativa previa al desistimiento de todas las ofertas”.*

M

1.9 Mediante oficio No. 0000106 de 19 de marzo de 2015, el Procurador Metropolitano del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, emite su pronunciamiento absolviendo las consultas por mi planteadas, cuyas respuestas transcribo a continuación:

Consulta 1

“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 BID se aplicarán a la adquisición y ejecución del Contrato financiado conjuntamente”.

Consulta 2 y 3

“(…) 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

“(…) 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 Pérez- como: “... Esta etapa llamada “pre-contrato” por Dromi, se caracteriza por el contrato que se establece con los interesados en participar en calidad de oferentes, que no obliga contractualmente a las partes, pero que establece ciertos compromisos mutuos...” y por etapa contractual: “... 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 Bines y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de Marzo 2011”.

mm

2. BASE LEGAL

- 2.1 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”.* (Lo resaltado me pertenece).
- 2.2 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”.* (Lo resaltado me pertenece).
- 2.3 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 menciona: *“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”.*
- 2.4 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 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 (...)"*.

Asimismo, 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"*.

- 2.6 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, 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"*.

- 2.7 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 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 obra para el proyecto se rigen por los documentos de licitación, y por los contratos firmados por el Prestatario con tales proveedores y contratistas, no por las presentes políticas ni por el contrato de préstamo"*.

M

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”*.

El numeral 2.63 de las Políticas establece: *“No deben rechazarse todas las ofertas 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 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”*.

3. ANÁLISIS.-

De conformidad con los antecedentes y la normativa legal expuesta, realizo el siguiente análisis:

- 3.1 De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, las contrataciones que se financien con fondos reembolsables o no reembolsables provenientes de organismos internacionales de cooperación, observarán lo acordado en los respectivos convenios. En concordancia, el artículo 2 del Reglamento General a la LOSNCP, manifiesta que se observará las condiciones previstas en el convenio, **independientemente que el financiamiento internacional sea total o parcial.**

En este sentido; y, en atención a lo dispuesto en los artículos 2 de la LOSNCP y 3 de su Reglamento General, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, tiene suscritos los Convenios de Crédito con el Banco Europeo de Inversiones; y, con el Banco Mundial (BIRF - Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), por lo tanto, 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, es decir 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, que hacen parte integral del citado Contrato de Préstamo; y, los Documentos de Licitación. Únicamente en lo no

previsto en los referidos documentos, se observará lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP y su Reglamento General.

Lo señalado en líneas precedentes, es ratificado en su totalidad por parte de los Organismos Multilaterales, en la contestación a las consultas realizadas.

Por lo anteriormente manifestado, es claro que los Convenios de Préstamo contienen la obligación de que en el procedimiento de contratación de la referencia, se observen las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011, debiendo considerar que además de ello, tal situación fue también comunicada a todos los interesados, posteriormente oferentes, a través del Aviso General de Adquisiciones, anteriormente citado.

- 3.2 En cuanto a su inquietud, manifestada en su oficio de 25 de febrero de 2015, en el numeral 2, que dice: *“Las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, 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. (...)” Esto es, las propias políticas del Banco Interamericano de Desarrollo se auto excluyen de regir los Documentos de la Licitación y el Contrato resultante”*. (Lo subrayado me pertenece).

Así mismo, en su oficio de 10 de marzo de 2015, en el acápite ANALISIS, numeral 2.4, expresa: *“Al analizar el referido artículo 3 de la LOSNCP conjuntamente con las políticas del BID, aplicables a esta contratación por su inclusión en el Contrato de Préstamo con el Banco Mundial, se concluye fácilmente que la Ley obliga al cumplimiento de las políticas del BID, excepto para los casos en que éstas no sean aplicables, como por ejemplo la contratación con proveedores de bienes y contratistas de obra, en cuyo caso la contratación se regirá por los Documentos de licitación y por los contratos firmados por el Prestatario con tales proveedores de bienes y contratistas, dado que en el artículo 1.1. de dichas Políticas del BID ellas se autoexcluyen de regir la relación Prestatario – Contratista”*. (Lo subrayado me pertenece).

Al respecto, 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-2349-9, contienen una declaración general, cuyo propósito es aclarar que en una licitación sujeta a las Políticas 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 aplican a toda contratación de bienes y*

9

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, en el estado actual del mismo, NO tienen la calidad de "Prestatario", pues el Prestatario es el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, ni la calidad de "Proveedores de Bienes", pues éste procedimiento no es para la adquisición de bienes; ni la calidad de "Contratistas de Obra", pues todavía no se ha suscrito el contrato de obra; por cuanto, actualmente seguimos en la etapa precontractual y, en consecuencia se mantiene la calidad de "Oferentes".

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 denominarán "Prestatario" y "Contratista de Obra", pues solo a partir de ese acto, se generarían efectos jurídicos entre las partes, bajo lo que se establecerá el contrato firmado por el Prestatario y Contratista; y, los documentos de licitación; y por tanto recién luego de dicho acto ya no regirán las Políticas, por cuanto son aplicables exclusivamente en la etapa precontractual.

Sobre esta inquietud, los Bancos Multilaterales se ratifican en el sentido de que hasta tanto no se realice la adjudicación y se suscriba un contrato de obra, sigue abierto el proceso de selección y se aplican las Políticas BID.

- 3.3 En cuanto a su inquietud manifestada en su oficio de 25 de febrero de 2015, i) que dice: *"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 aspecto la LOSNCP y los Documentos de Licitación. Tanto la Ley aplicable como los Documentos de Licitación excluyen toda negociación con anterioridad a la adjudicación del Contrato".*

De igual forma en su oficio de 10 de marzo de 2015, acápite CONCLUSIONES, numeral 3.2, manifiesta: *"(...) Además, dicha alternativa está prevista en el numeral 2.63 de las citadas Políticas del BID, que como ya se analizó es una disposición incompatible con el espíritu y propósito de las referidas Políticas, y constantes en su Numeral 1.1 y por consiguiente incompatible con el Contrato de Préstamo del cual forman parte".*

Una vez aclarado 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, la negociación prevista en el numeral

2.63 de las referidas Políticas, es una alternativa para evitar que se rechacen todas las ofertas presentadas, en caso de que la oferta evaluada como la más baja excediera el costo estimado por el Prestatario, por lo que, tal negociación necesariamente deberá realizarse antes de la adjudicación del contrato.

En el presente caso (numeral 2.63 de las Políticas del BID), en cuanto todas las ofertas presentadas y precisamente la oferta evaluada como la más baja excede considerablemente el costo estimado, la EPMMQ estima pertinente, la alternativa de negociación y no rechazar todas las ofertas.

En relación a su comentario que consta en su oficio de 25 de febrero de 2015, de que *"el único escenario contemplado en los Documentos de 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"*. (Lo subrayado me pertenece).

Al respecto, jurídicamente solo quien tenga la calidad de "Contratista" tendría derecho a considerar una eventual renegociación; y al momento actual, **no existe contratista alguno, sino solamente oferentes**, uno de los cuales tiene la oferta evaluada como la más baja; y, al que para resolver si se le adjudica o no el contrato debe aplicarse el numeral 2.63 de las tan referidas Políticas del BID, respecto a la instancia de negociación.

Sobre este punto, los Organismos Multilaterales de Crédito, ratifican que de acuerdo con las Políticas BID, es aplicable lo previsto en el numeral 2.63 de las Políticas, en cuanto a que existe la alternativa de que se podrá negociar con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja para tratar de obtener un contrato satisfactorio, que se traduzca en una reducción del precio del contrato; sin que resulte en una modificación sustancial al mismo; y, que de darse la opción de la negociación, ésta solo puede realizarse con carácter previo a la adjudicación del contrato y sólo con aquel oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja. Por su parte, el oferente tiene la libertad de acceder a negociar o de decidir no hacerlo, pese a que en su correo electrónico de 2 de febrero de 2015 a más de felicitar a la Institución (EPMMQ) textualmente dice "Aguardaremos vuestras instrucciones". El contratante tomará las medidas que considere necesarias dentro del marco de las Políticas.


En conclusión, dando cumplimiento a lo previsto en los artículos 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 2 de su Reglamento General, que señalan que en las contrataciones que se financien, previo convenio con fondos provenientes de Organismos Multilaterales de Crédito, de los cuales el Ecuador sea miembro, se observará lo acordado en los respectivos convenios, e indicando que este régimen especial se observará independientemente que el financiamiento sea total o parcial, en

este sentido, se suscribieron los Contratos de Préstamo con el Banco Europeo de Inversiones, el 28 de noviembre de 2012; y, con el Banco Mundial (BIRF - Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), el 11 de noviembre de 2013; los cuales establecen en el contenido de sus textos, la aplicación de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo.

En concordancia con lo hasta aquí manifestado, en la etapa precontractual, 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, llevado por la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito EPMMQ, ratificando los pronunciamientos dados por los Organismos Multilaterales de Crédito y por el Procurador Metropolitano del MDMQ, que el proceso en mención, se rige por los convenios de crédito indicados, las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011, que hacen parte integral de los Contratos de Préstamo; y, los Documentos de Licitación.

Concomitantemente, como en este proceso, todas las ofertas presentadas exceden el costo estimado, la EPMMQ de considerarlo necesario y como alternativa, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 2.63 de las Políticas BID aplicables, podrá negociar con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja, para tratar de obtener un contrato satisfactorio y reducir el precio del mismo, previo a la adjudicación del contrato.

Atentamente,



Mauricio Anderson Salazar
GERENTE GENERAL
EMPRESA PÚBLICA METROPOLITANA METRO DE QUITO

Adjunto:

- Correo electrónico de 12 de marzo de 2015, suscrito por el señor Fernando Orduz – Especialista Líder en Transporte / Banco Interamericano de Desarrollo.
- Oficio No. 0000106 de 19 de marzo de 2015, el Procurador Metropolitano del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito.