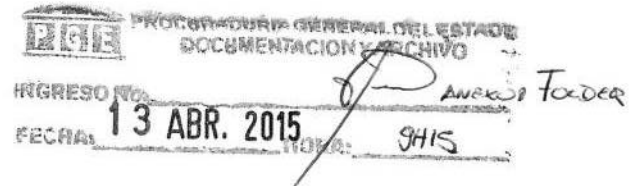


Oficio No. EPMMQ-2015-366

Quito, 10 de abril de 2015



Doctor
Diego García Carrión
PROCURADOR GENERAL DEL ESTADO
En su Despacho.-

De mi consideración:

Mauricio Anderson Salazar, en mi calidad de Gerente General de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito (EPMMQ), comparezco ante Usted para que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 3 literal e) y 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, absuelva las siguientes consultas: (ANEXO 1)

El artículo 3, letra e) de la Codificación de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, establece: "Art. 3.- De las funciones del Procurador General del Estado.- (...) e) Absolver, consultas y asesorar a los organismos y entidades del sector público, así como a las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico. El pronunciamiento será obligatorio para la Administración Pública sobre la materia consultada, en los términos que se indican en esta ley (...)"; y, el artículo 13 del mismo cuerpo normativo, señala: "Art. 13.- De la absolución de consultas.- Sin perjuicio de las facultades de la Función Legislativa, del Tribunal Constitucional y de la Función Judicial, determinadas en la Constitución Política de la República y en la ley, el Procurador General del Estado asesorará y absolverá las consultas jurídicas con carácter de vinculantes, sobre la inteligencia o aplicación de las normas constitucionales, legales o de otro orden jurídico, a pedido de las máximas autoridades de los organismos y entidades del sector público y de los representantes legales o convencionales de las personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública (...)".

1. ANTECEDENTES:

- 1.1 Mediante Ordenanza Metropolitana No. 0237, discutida y aprobada por el Consejo Metropolitano de Quito el 12 de abril de 2012 y sancionada por el Alcalde Metropolitano de Quito el 27 de abril de 2012, reformada mediante Ordenanza Metropolitana No. 383 de 28 de marzo del 2013 y sancionada el 2 de abril del mismo año, se creó la Empresa Pública Metropolitana Metro

de Quito (EPMMQ), cuyo objeto principal es desarrollar, implementar y administrar el Subsistema de Transporte Metro de Quito. (ANEXO 2)

- 1.2 El Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (MDMQ) ha desarrollado las acciones necesarias para la implementación de la Primera Línea de Metro en Quito, que se inserte como eje vertebral del Sistema Metropolitano de Transporte Público de Pasajeros, cuyo proyecto es conocido como "Proyecto Metro de Quito".
- 1.3 Como parte de los estudios técnicos de factibilidad y de diseño del Proyecto Metro de Quito, se ha dividido la construcción de esta infraestructura en 2 fases:
 - Fase 1: Estaciones Intermodales denominadas La Magdalena y El Labrador.
 - Fase 2: Obra civil: Túnel de línea, 13 estaciones, cocheras y talleres, etc.
- 1.4 Para la construcción de la Fase 2 de la Primera Línea del Metro de Quito, el Gobierno Central y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito identificaron la necesidad de utilizar, en parte, recursos provenientes del financiamiento de entidades multilaterales de crédito, con las cuales el Estado Ecuatoriano tiene suscrito acuerdos o convenios.
- 1.5 El Gobierno Central y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito solicitaron al Banco Europeo de Inversiones (BEI), al Banco Interamericano de Desarrollo (BID), al Banco de Desarrollo de América Latina (CAF) y al Banco Mundial (BIRF – Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento), créditos para la financiación de la construcción de la Fase 2 de la Primera Línea del Metro de Quito.
- 1.6 En consideración al financiamiento de los Bancos Multilaterales, se siguió el proceso de Licitación Pública Internacional con Precalificación, No. RELI-01-2013-METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI, 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, sujeto a los convenios de crédito ya suscritos por: (i) el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito con el BIRF; y, (ii) la República del Ecuador con el BEI¹; así como los créditos aprobados por el BID y CAF a favor del Gobierno Nacional, a las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 y, a los Documentos de Licitación. (ANEXO 3)

¹ Mediante Convenio Subsidiario de 5 de Marzo de 2014 entre el Ministerio de Finanzas y el MDMQ, el Estado Ecuatoriano transfirió al MDMQ como Organismo Ejecutor, los recursos, derechos y obligaciones derivados del contrato de préstamo suscrito con el BEI y con Contrato de Proyecto suscrito con el BEI, el MDMQ y la EPMMQ se comprometieron a cumplir con la obligaciones relativas al proyecto y a utilizar el crédito transferido exclusivamente para su ejecución.

- 1.7 Dentro del respectivo plazo para la presentación de las ofertas, los oferentes pre-calificados presentaron sus correspondientes ofertas. Luego de evaluadas las ofertas, el Presidente de la Comisión Técnica del 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, mediante Oficio No. EPMMQ-2015-077 de 26 de enero de 2015, enviado a las Bancos Multilaterales, concluyó que la propuesta presentada por el Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht - Acciona constituyó la oferta evaluada más baja, que cumple sustancialmente con todos los requisitos técnicos y criterios establecidos en el documento de licitación.
- 1.8 El 30 de enero de 2015, la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito recibió 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, por parte de los Bancos Multilaterales. En ella se señala: “(...) 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 (...)”.
- Adicionalmente, en la mencionada “No Objeción” se señala: “(...) si fuera la decisión tomar la alternativa de negociación, se debe tener presente lo que establece el numeral 2.64 de las políticas citadas que dice: “Debe obtenerse el acuerdo previo del Banco antes de rechazar todas las ofertas, llamar a nueva licitación o entablar negociaciones con el oferente que hubiere presentado la oferta evaluada como la más baja (...)”. (ANEXO 4)
- 1.9 En base al numeral 2.63 de las Políticas BID, relacionado con la alternativa de negociación con el oferente que hubiere presentado la oferta evaluada como la más baja, la EPMMQ elaboró un Plan de Negociación, el cual fue remitido a los Organismos Multilaterales para su “No Objeción”.
- Mediante correo electrónico de 18 de marzo de 2015 los Bancos Multilaterales de Crédito expresan: “(...) luego de analizada la documentación presentada, nos permitimos informar que el Banco no tiene objeciones al Plan de Negociación remitido (...)”. (ANEXO 5)
- 1.10 Mediante Oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015, dirigido por el Apoderado Común del Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht – Acciona a la Comisión Técnica de Licitación de la EPMMQ, cita textualmente lo siguiente, como parte de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-

2349-9: "(...) 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. (...)". Como consecuencia de aquella cita, el Apoderado Común del Consorcio concluye señalando que "las propias políticas del Banco Interamericano de Desarrollo se auto excluyen de regir los Documentos de la Licitación y el Contrato resultante." (ANEXO 6)

Al respecto y de conformidad con nuestro criterio institucional, me permito aclarar que hasta la presente etapa del proceso licitatorio, ni el Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht – Acciona, ni ningún otro oferente, ha adquirido la condición de "proveedores de bienes y contratistas de obras" o, peor aún, existe "contratos firmados por el Prestatario con tales proveedores y contratistas", conforme lo exige el texto citado por el Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht – Acciona. (ANEXO 7)

En el mencionado Oficio, el Apoderado Común del Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht – Acciona también señala que "(...) el citado Artículo 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, no fue incluido como parte de los Documentos de la Licitación."

Me permito señalar que 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 Interamericano de Desarrollo, sitios oficiales para divulgar todo lo relacionado a la Licitación Pública Internacional, conforme se establece en las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 y mediante el cual, se invitó a los consorcios o asociaciones elegibles a participar en el proceso de Precalificación de los Interesados para la Licitación para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2, 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 Financiadas 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". (ANEXO 8)

El Apoderado Común del Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht – Acciona concluye en el mencionado oficio que "(...) existe la imposibilidad legal de realizar un proceso de negociación previo a la adjudicación del Contrato (...)".

- 1.11 Con fecha 4 de marzo de 2015, mediante oficio No. EPMMQ-2015-234, el Gerente General de la EPMMQ, 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. (ANEXO 9)

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?"*.
- 1.12 Mediante Oficio No. CL1-MT2-003-2015 de 10 de marzo de 2015, dirigido por el Apoderado Común del Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht – Acciona a la Comisión Técnica de Licitación de la EPMMQ, con copia a los representantes de los Organismos Multilaterales, "(...) ratifica lo expresado en el Oficio No. CL1-MT2-002-2015 antes mencionado, en el sentido de que no le será posible negociar su Oferta de forma previa a la Adjudicación del Contrato"; además remite adjunto un análisis que contiene su fundamentación legal al respecto. (ANEXO 10)
- 1.13 Mediante correo electrónico de 13 de marzo de 2015, los Organismos Multilaterales responden a nuestras consultas de 4 de marzo de 2015, en los siguientes términos:
- "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.*

M

- 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". (ANEXO 11)

1.14 Mediante Oficio No. EPMMQ-2015-280 de 23 de marzo de 2015, el Gerente General de la EPMMQ contesta al Apoderado Común del Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht – Acciona los dos oficios señalados en los numerales precedentes (No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015 y No. CL1-MT2-003-2015 de 10 de marzo de 2015), en el que señala lo siguiente: "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". (ANEXO 12)

- 1.15 Mediante Oficio No. 106 de 19 de marzo de 2015, la Procuraduría Metropolitana contesta a la consulta realizada por la EPMMQ mediante oficio No. EPMMQ-2015-248 de 10 de marzo de 2015 en los siguientes términos:

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”. (ANEXO 13)

- 1.16 Mediante Oficio No. CL1-MT2-004-2015 de 23 de marzo de 2015, dirigido por el Apoderado Común del Consorcio Línea 1 Odebrecht – Acciona a la Comisión Técnica de Licitación de la EPMMQ, señala: “(...) reiteramos la improcedencia de un proceso de negociación, previo a la adjudicación, por no estar previsto en los Pliegos de Licitación (...)” y remite adjunto informes legales preparados por sus asesores jurídicos externos. Concluye esta comunicación señalando que “aclaramos que la oferta presentada por el Consorcio Línea 1 Constructora Norberto Odebrecht S. A. – Acciona Infraestructuras S. A. se mantiene vigente.” (ANEXO 14)

2. BASE LEGAL Y NORMATIVA

- 2.1 El artículo 3 de la **Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, dispone: “**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 Préstamo**, suscrito entre el Banco Europeo de Inversiones (BEI)²; y, la República del Ecuador, 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”.*

2.4 En el **Contrato de Préstamo**, celebrado entre el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento BIRF (Banco Mundial) y el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, el 11 de noviembre de 2013, en la Section III Procurement, A, 2 señala: *“Goods, Works and Non-consulting Services. Without limitation to the provision mentioned in paragraph 1 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”*³.

Así mismo, en el mencionado Contrato de Préstamo, 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”*.⁴

² Mediante Convenio Subsidiario de 5 de marzo de 2014, entre el Ministerio de Finanzas y el MDMQ, el Estado Ecuatoriano transfirió al MDMQ como Organismo Ejecutor, los recursos, derechos y obligaciones derivados del contrato de préstamo suscrito con el BEI y con Contrato de Proyecto suscrito con el BEI, el MDMQ y la EPMMQ se comprometieron a cumplir con las obligaciones relativas al proyecto y a utilizar el crédito transferido exclusivamente para su ejecución.

³ Sección III Adquisiciones, A, 2. dice: *“Bienes, Obras y Servicios que no son de Consultoría (...) todos los bienes, obras y servicios que no sean de consultoría que se requieran para la Fase II del Proyecto y que van a ser financiados con los fondos del préstamo, deberán ser adquiridos por el Prestatario: (a) de conformidad (...) con los Lineamientos de Adquisición; y (b) también de conformidad con las Reglas de Adquisición del BID”.*

⁴ Sección I, Definiciones, 18.: *“Reglas de Adquisición del BID” quiere decir las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo, con fecha marzo de 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: *“appoint the IDB as the coordinator for all matters related to the procurement, environmental and social safeguards (“Safeguards”), and financial management aspects of the Project (...).* (ANEXO 15)⁵

Así mismo, en el numeral 3 (a) de los Principios de Colaboración señalados, 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 Financiadadas por el Banco Interamericano de Desarrollo, de fecha marzo 2011) se aplicarán a la adquisición y ejecución del Contrato Financiado Conjuntamente”.* Por cierto, las excepciones establecidas en los apartados Sub (b) y (c) siguientes, no se refieren a aspectos relacionados con Procedimientos de Adquisiciones, y en consecuencia no aplican al presente caso.

- 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 Interamericano de Desarrollo, sitios oficiales para publicar todo lo relacionado a la Licitación Pública Internacional, conforme se establece en las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9, mediante el cual se invitó a los consorcios o asociaciones elegibles a participar en el proceso de Precalificación de los Interesados para la Licitación para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2, 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 Financiadadas 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”.* (El resaltado me pertenece).
- 2.7 Las **Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadadas por el Banco Interamericano de Desarrollo** GN-2349-9, señalan en el numeral 1.5.: *“Los procedimientos descritos en estas Políticas se aplican a toda contratación de*

⁵ 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

bienes y obras financiadas total o parcialmente con los fondos del préstamo”.

3. OPINIÓN DEL CONSULTANTE:

El criterio jurídico institucional de la EPMMQ, así como la opinión jurídica del Municipio del Distrito Metropolitano de Quito, son los que constan en el Memorando No. EPMMQ-2015-464 de 7 de abril de 2015, emitido por la Gerente Jurídica de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito, así como el Oficio No. 106, de 19 de marzo de 2015, suscrito por el Procurador Metropolitano.

4. CONSULTA:

Teniendo en consideración su facultad de emitir pronunciamientos con carácter de vinculantes para el sector público, solicito a Usted se sirva absolver las siguientes consultas:

- 4.1 ¿Es legalmente procedente, de conformidad con la excepción establecida en el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública LOSNCP, en concordancia con el artículo 2 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que cuando existan convenios de financiamiento con organismos internacionales de cooperación legalmente suscritos, se observará lo acordado en los respectivos convenios; es decir, en el caso que nos ocupa, al tener firmados los convenios de crédito con el Banco Europeo de Inversiones (BEI) y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (BIRF) para todas las contrataciones de bienes, obras y servicios que se requieran para cumplir con su objeto, se aplicará lo establecido en los referidos convenios de crédito?
- 4.2 ¿En caso de que su respuesta a la pregunta anterior fuere favorable, para el proceso de Licitación Pública Internacional con Precalificación, No. RELI-01-2013-METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI, para la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2, se aplicarán las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo de fecha marzo 2011, acordadas en los convenios de crédito firmados (i) por el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito con el BIRF y (ii) por la República del Ecuador con el BEI⁶, en concordancia con los Principios de Colaboración suscritos por los cuatro Organismos Multilaterales, Políticas

⁶ Mediante Convenio Subsidiario de 5 de marzo de 2014, entre el Ministerio de Finanzas y el MDMQ, el Estado Ecuatoriano transfirió al MDMQ como Organismo Ejecutor, los recursos, derechos y obligaciones derivados del contrato de préstamo suscrito con el BEI y con Contrato de Proyecto suscrito con el BEI, el MDMQ y la EPMMQ se comprometieron a cumplir con las obligaciones relativas al proyecto y a utilizar el crédito transferido exclusivamente para su ejecución.

que fueron comunicadas debidamente a los oferentes mediante el Aviso General de Adquisiciones?

- 4.3 ¿La EPMMQ, dentro del proceso de Licitación Pública Internacional con Precalificación No. RELI-01-2013-METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI, de conformidad con las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo está facultada para aplicar la cláusula 2.63 contenida en dichas Políticas?
- 4.4 ¿La EPMMQ, dentro del proceso de Licitación Pública Internacional con Precalificación No. RELI-01-2013-METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI, en aplicación de la cláusula 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo, tiene la potestad de convocar al oferente que hubiere presentado la oferta evaluada como la más baja, para un proceso específico de negociación, previo a proceder con la adjudicación?
- 4.5 ¿La EPMMQ, dentro del proceso de Licitación Pública Internacional con Precalificación No. RELI-01-2013-METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI, en aplicación de la cláusula 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras Financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo, tiene la prerrogativa para entablar negociaciones con el oferente que hubiere presentado la oferta evaluada como la más baja, es decir, negociar la oferta presentada por el Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht – Acciona, previo a proceder con la adjudicación?

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para reiterar mis sentimientos de alta consideración y estima.

Atentamente,



Mauricio Anderson Salazar
Gerente General de la EPMMQ