



Quito, 10 de Marzo de 2015
Oficio No. CL1-MT2-003-2015

Señor
Mauricio Anderson
Comisión Técnica de Licitación
Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito - EPMMQ
Municipio del Distrito Metropolitano de Quito
Ciudad

Señor Fernando Orduz Buckling
Banco Interamericano de Desarrollo – BID
Representante en Ecuador

De mi consideración:

Nos referimos a nuestra comunicación No. CL1-MT2-002-2015 entregada el 25 de Febrero de los corrientes de la cual aún no tenemos respuesta y cuya copia anexamos a la presente comunicación.

En vista de que el proceso precontractual está regido por la aplicación coherente de i) la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP; ii) de las Políticas de Adquisición de Bienes y Contratación de Obras del BID; e iii) de los Documentos de Licitación, adjuntamos a la presente un análisis del proceso que viene ocurriendo previo a la Adjudicación del Contrato, el cual contiene las apreciaciones de nuestro Consorcio con relación a los varios tópicos allí tratados.

Según lo justificado por el análisis adjunto, el Consorcio Línea 1 Acciona-Odebrecht 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.



Ejecución de la "Primera Línea del Metro de Quito"
RELI-01-2013 METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI

Nos hemos permitido adjuntar copias del presente documento a las cuatro entidades multilaterales de crédito que han ofrecido financiar el Proyecto al tenor de lo estipulado en el numeral 1.1 del Apéndice 3 "Guía para los Oferentes" de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID.

En espera de su decisión, nos suscribimos

Muy Atentamente,

Sadinoel de Freitas Junior
Apoderado Común
Consorcio Línea 1
Construtora Norberto Odebrecht S.A. – Acciona Infraestructuras
S.A.

Cc Señor Morgan Doyle - Representante en Ecuador BID
 Señor Gumersindo Velásquez División de adquisición de Proyectos BID, Washington DC.
 Señor Arturo Ardila Gómez – Banco Mundial
 Señor Pedro Ravelo – Banco de Desarrollo de América Latina
 Señor Bernardo Requena - Director Representante CAF, Oficina en Ecuador
 Señora Lourdes Rodríguez – Banco Europeo de Inversiones
 Señor Indu John - Abraham - Representante Residente BM Ecuador

ANALISIS DEL PROCESO DE ADJUDICACION DE LA LICITACION PUBLICA INTERNACIONAL No. RELI 01-2013 METRO DE QUITO-BID-CAF-BEI PARA LA EJECUCION DE LA PRIMERA LINEA DEL METRO DE QUITO, FASE 2

1.- ANTECEDENTES:

El 11 de noviembre de 2013 fue suscrito entre el Banco Mundial y el I Municipio del Distrito Metropolitano de Quito el Contrato de Préstamo para la construcción de la Primera Línea del Metro de Quito, el cual establece en su Sección I, numeral 18, que las políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas serán las del Banco Interamericano de Desarrollo - BID fechadas en Marzo de 2011.

En fecha 7 de Julio de 2014 fueron presentadas las Ofertas para 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.

La EPMMQ remitió a los organismos multilaterales de crédito los Informes de la Comisión referentes a las Ofertas presentadas, certificando entre otros que la Oferta que responde a todos los requisitos de la Licitación y tiene el precio más bajo fue la presentada por el Consorcio Línea 1 conformada por Odebrecht -Acciona. Asimismo, en vista de que las varias entidades multilaterales de crédito se han unido para financiar el Proyecto, es necesario que definan entre ellas las reglas y políticas bajo las cuales colaborarán en el financiamiento del Proyecto, a través de un documento especial, en este caso adoptando las políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas por el BID, versión marzo de 2011.

El 2 de Febrero de 2015 la Comisión Técnica EPMMQ comunicó al Consorcio Línea 1 la "NO OBJECCION" por las entidades multilaterales al Informe previamente elaborado por la Comisión. Igualmente, con ese antecedente la Comisión comunicó en dicho email al Consorcio Línea 1 (Odebrecht-Acciona) que su oferta cumple sustancialmente con la Licitación y que es la más baja.

En el mismo email del 2 de Febrero de 2015 la Comisión Técnica de la EPMMQ presenta "como alternativa", negociar con el Oferente que presenta la Oferta más baja 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. A continuación anuncia que para dar cumplimiento a lo señalado en las líneas precedentes próximamente establecerá el procedimiento a seguir, ignorando que se trata de una alternativa a declarar desierto el proceso e ignorando también el hecho de que se trataría de una negociación a ser realizada única y exclusivamente con el oferente más bajo, lo cual supone necesariamente la anuencia de éste a participar en tal negociación.

Posteriormente, el 25 de Febrero de 2015 mediante Oficio No. CL1-MT2-002-2015 el Consorcio Línea 1 (Odebrecht-Acciona) comunica a la Comisión su decisión de no negociar con anterioridad a la adjudicación, suministrando todas las argumentaciones contractuales y legales del caso.

2.- ANALISIS

2.1 Según los antecedentes arriba citados, el Contrato de préstamo entre el Banco Mundial y el I. Municipio de Quito adopta, entre otros, las políticas del BID fechadas en marzo de 2011. Por lo tanto, dichas políticas hacen parte integral del citado Contrato de Préstamo. Siendo así, su propósito fundamental y el espíritu de las mismas tendrán prioridad jurídica y legal sobre otras disposiciones contenidas en las citadas Políticas.

En tal sentido, las referidas políticas establecen en su numeral 1.1 – “Propósito” que los derechos y obligaciones de los proveedores de bienes y contratistas 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 referidas políticas ni por el Contrato de Préstamo.

2.2 Por todo lo anterior, las eventuales inconsistencias contenidas en las referidas Políticas se resuelven a favor del espíritu y propósito del Contrato de Préstamo ya firmado que las contiene. Como ejemplo, se da el caso del artículo 2.63 de dichas Políticas en el cual se establece una eventual negociación entre el Oferente calificado con la propuesta económica más baja y el Prestatario. Esto, en adición a la disposición legal de que en los contratos de adhesión toda ambigüedad repite contra el redactor del documento. Por lo tanto, la condición contenida en el artículo 2.63 carece de toda validez jurídica y legal. En efecto, el Contrato de Préstamo ya suscrito con el Banco Mundial que adopta las Políticas del BID debe respetar su propósito fundamental y su espíritu, por lo que no debe dicho Banco mantener como contractualmente válidas las disposiciones del artículo 2.63.

Es del caso notar también que por ser este proyecto de gran envergadura el artículo 3 del Apéndice 3 – “Guía para los Oferentes” de las políticas del BID obliga a los Organismos Multilaterales de Crédito para el Proyecto a revisar todos los Documentos de Licitación antes de ser emitidos. Si el artículo 2.63 antes citado fuera indispensable para el proceso de Adjudicación, ciertamente dichas entidades habrían insistido en su inclusión explícita en los Documentos de Licitación, en los cuales se transcribieron casi la totalidad de las antes citadas Políticas del BID y en los que no consta la condición prevista en el artículo 2.63. Esto ratifica la posición del Consorcio Línea 1, aquí expresada en el sentido de que dicho artículo 2.63 no es aplicable en el periodo previo a la adjudicación del Contrato.

2.3 Por otra parte, el artículo 3 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública – LOSNCP establece que las contrataciones que se financian, 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 y en lo no previsto en dichos convenios se regirá por las disposiciones de dicha Ley. Por su parte, el artículo 2 de la LOSNCP establece que el Régimen Especial previsto en el artículo 3 de la misma Ley se observará independientemente de que el financiamiento internacional sea total o parcial, siempre que se observen las condiciones previstas en el Convenio de Crédito.

2.4 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.

2.5 En consecuencia, la contratación de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2, se rige tanto por las Políticas del BID, como por la ley aplicable y por los Pliegos de Licitación en lo pertinente, tal como previsto en el ítem 1.1 de las políticas del BID los cuales fueron aprobados por los Organismos Multilaterales de Crédito y por lo previsto en el artículo 3 de la LOSNCP.

2.6 En desarrollo de dichos principios, el proceso previo a la Adjudicación del Contrato al Consorcio Línea 1 se rige, de forma armónica por los varios documentos contractuales existentes así:

2.6.1 La LOSNCP en su Art. 32.- “Adjudicación” que establece que la máxima autoridad de la Institución adjudicará necesariamente el contrato, al oferente cuya propuesta represente el mejor costo;

2.6.2 Los Pliegos de Licitación, que en el artículo 38 “Criterios de adjudicación” establece que el Contratante adjudicará necesariamente el contrato al Oferente cuya Oferta haya sido evaluada como la más baja de conformidad con las Instrucciones a los Oferentes 34.4 y cumpla sustancialmente con los requisitos de los Documentos de la Licitación;

2.6.3 Las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el BID que en su numeral 2.59 “Adjudicación” establece que el Prestatario debe necesariamente adjudicar el Contrato, dentro del período de validez de las ofertas, al oferente que reúna los requisitos apropiados en cuanto a capacidad y recursos y cuya oferta: (i) responda sustancialmente a los requisitos exigidos en los documentos de licitación y (ii) represente el costo más bajo evaluado.

Como es evidente, todos los documentos arriba citados expresan la obligación que tiene el Prestatario de adjudicar el Contrato al Consorcio Línea 1 (Odebrecht-Acciona) por haber presentado la mejor Oferta, lo que automáticamente excluye cualquier negociación entre dicho Consorcio y la Municipalidad de Quito previa a la Adjudicación.

3.- CONCLUSIONES:

3.1 El proceso de Licitación para la construcción de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2, se rige por la interpretación armónica de: i) Las Políticas para la adquisición de bienes y obras financiadas del BID; ii) los Documentos de Licitación; e iii) en cuanto a las disposiciones no aplicables o excluidas de dichos documentos, se regirá por la LOSNCP y su Reglamento General.

- 3.2 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.
- 3.3 La alternativa al Rechazo de todas las ofertas presentada como una posibilidad en el artículo 2.63 de las Políticas del BID no será posible debido también a la posición del Consorcio Línea 1 Acciona-Odebrecht de no entrar en negociación de su Oferta, previo a la Adjudicación, conforme manifestado en el Oficio No. CL1-MT2-002-2015 y demostrado en el presente análisis.
- 3.4 La Etapa Precontractual requiere la interpretación armónica de 3 documentos que en su conjunto deben ser analizados: i) Las Políticas para la Adquisición de bienes y Obras financiadas del BID; ii) los Documentos de Licitación; e iii) la LOSNCP y su Reglamento General. Por lo tanto, dicha interpretación armónica NO permite que solo uno de estos documentos regule independientemente la Etapa Precontractual.

Por todo lo expuesto en el presente documento, quedamos a disposición de la EPMMQ para cualquier aclaración adicional.