

Quito, 23 de Marzo de 2015
Oficio No. CL1-MT2-004-2015

Recibido
Pablo Ocilla
10/04/2015

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

Ref.: Licitación Pública Internacional
RELI 01-2013 METRO DE QUITO
BID-CAF-BEI. Contestación al
Oficio EPMMQ 2015-280.

De mi consideración:

En contestación al Oficio detallado en la referencia, nos permitimos ratificar el criterio del Consorcio Línea 1, contenido en los Oficios número: CL1-MT2-002-2015, de 25 de febrero de 2015, dirigido al Gerente General de la EPMMQ; y, CL1-MT2-003-2015, de 10 de marzo de 2015, dirigido al Gerente General de la EPMMQ y al Representante en Ecuador del BID.

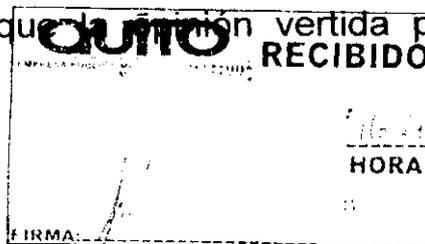
En tal consideración, reiteramos la improcedencia de un proceso de negociación, previo a la adjudicación, por no estar previsto en los Pliegos de Licitación; criterio que se ratifica a través de los informes legales adjuntos, preparados por nuestros asesores jurídicos externos e independientes: Freshfields Bruckhaus Deringer LLP y Paz Horowitz Robalino Garcés S.A., luego de un análisis integral de la normativa y documentos que regulan el proceso de licitación.

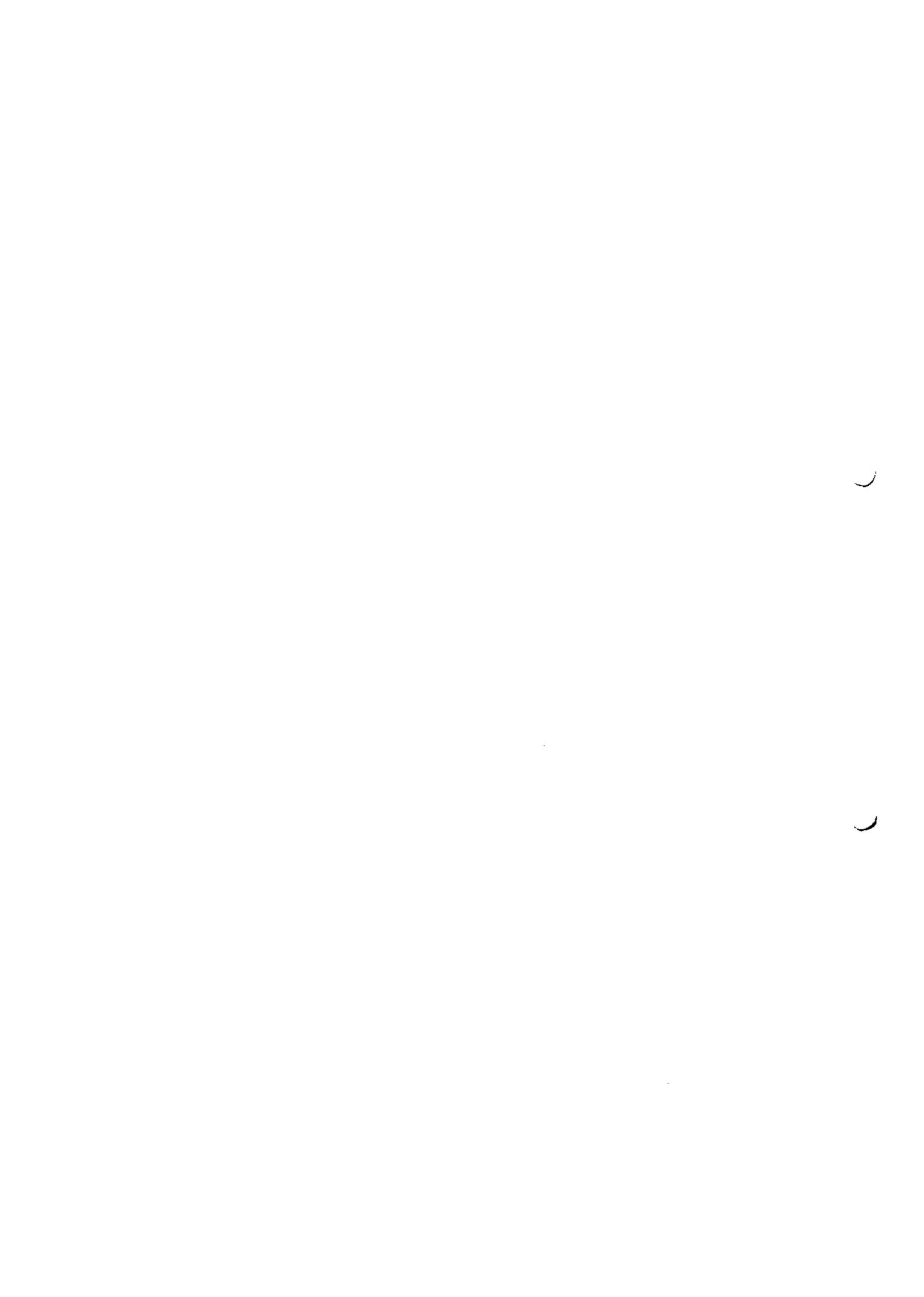
Siempre respetuosos de la institucionalidad de la entidad municipal, nos permitimos informar que la presente es una copia verdadera por el Procurador



acciona
Infraestructuras

ODEBRECHT
Infraestructuras

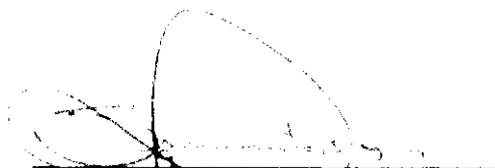




Municipal, dentro de la absolución a la consulta planteada, tiene carácter referencial, no vinculante, ya que tal facultad es exclusiva del Procurador General del Estado, según lo dispone la ley de la materia.

Finalmente, aclaramos que la oferta presentada por el Consorcio Línea 1 Constructora Norberto Odebrecht S.A. – Acciona Infraestructuras S.A. se mantiene vigente.

Muy atentamente



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



—

—



ODEBRECHT/ACCIONA CONSORTIUM

Date
24 March 2015

Our Ref
FON354114009 SIR/MRK/DJ

QUITO METRO TENDER PROCESS

Memorandum

To: Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht - Acciona

From: Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

Introduction

1. We understand that:

- (a) between November 2012 and February 2014, the Municipality for the Metropolitan District of Quito (the *Municipality*) ran a tender process to appoint a civil works contractor for the first line of the Quito Metro (the *Tender Process*);
- (b) the contract tendered through the Tender Process was to be financed (at least in part) by a group of banks comprising the State Bank of Ecuador along with a number of multilateral development banks: the Inter-American Development Bank (the *IDB*), the European Investment Bank and the Development Bank of Latin America;
- (c) the Tender Process and the documentation establishing the rules of that Process (the *Tender Documents*) were governed by Ecuadorean law;
- (d) Odebrecht and Acciona formed a consortium for the purposes of participating in the Tender Process (the *Consortium*), which submitted its offer in accordance with the terms of the Tender Process on 7 July 2014 (the *Offer*);
- (e) the Municipality has notified the Consortium that its Offer was the lowest priced offer submitted in the Tender Process;
- (f) the Municipality has proposed to enter into negotiations with the Consortium with respect to the Offer;
- (g) the Municipality seeks to justify its request that the Municipality engage in negotiations on the basis of clause 2.63 of the IDB's Policies for the Procurement of Goods and Works financed by the Inter-American Development Bank GN-2349-9 dated March 2011 (the *IDB Policies*) which

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC331789. It is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority. For regulatory information please refer to www.freshfields.com/support/legalnotice.

A list of the members (and of the non-members who are designated as partners) of Freshfields Bruckhaus Deringer LLP is available for inspection at its registered office, 65 Fleet Street, London EC4Y 1HS. Any reference to a partner means a member, or a consultant or employee with equivalent standing and qualifications, of Freshfields Bruckhaus Deringer LLP or any of its affiliated firms or entities.

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Beijing Berlin Brussels Cologne Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg Hanoi Ho Chi Minh City Hong Kong London Madrid Milan Moscow Munich New York Paris Rome Shanghai Singapore Tokyo Vienna Washington
US: 216 738 7

provides:

"All bids shall not be rejected and new bids invited on the same bidding and contract documents solely for the purpose of obtaining lower prices. If the lowest evaluated responsive bid exceeds the Borrower's pre-bid cost estimates by a substantial margin, the Borrower shall investigate causes for the excessive cost and consider requesting new bids as described in the previous paragraphs. Alternatively, the Borrower may negotiate with the lowest evaluated bidder to try to obtain a satisfactory contract through a reduction in the scope and/or a reallocation of risk and responsibility which can be reflected in a reduction of the contract price. However, substantial reduction in the scope or modification to the contract documents may require rebidding".

2. We have reviewed the IDB Policies and a draft legal opinion prepared in connection with the above fact pattern by Paz Horowitz Robalino Garcés for the Consortium (the **PHRG advice**). We have not reviewed the underlying Tender Documents.
3. We have been asked to comment on the application of clause 2.63 of the IDB Policies in light of the fact pattern described above and the PHRG advice. Please note we do not offer any comment as to the laws of the Republic of Ecuador or the correct interpretation of any terms or documents under Ecuadorean law.

The IDB Policies

4. Clause 1.1 of the IDB Policies expressly provides that the Tender Process would be governed by the Tender Documents and not by the IDB Policies:
"The rights and obligations of the Borrower and the providers of goods or works for the project are governed by the bidding documents, and by the contracts signed by the Borrower with the providers of goods and works, and not by these Policies or the Loan Contracts."
5. Clause 1.1 also provides that the legal relationships between the Borrower and the Bank are governed by the Loan Contract and that *"the Policies are made applicable to procurement of goods and works for the project, as provided in the Loan Contract."* Accordingly, while the Loan Contract may require the Municipality to conduct the Tender Process in accordance with the IDB Policies, those policies will only apply to the relationship between the Municipality and bidders to the extent that such Policies are properly incorporated into the Tender Documents.
6. There is nothing in the IDB Policies to indicate that they should apply to the Tender Process in the absence of proper incorporation into the Tender Documents.

Incorporation of the IDB Policies into the Tender Documents

7. The question of whether the IDB Policies were incorporated into the Tender Documents, or applied to the Tender Process by some other means, is to be determined with reference to the relevant facts as interpreted by Ecuadorean law.

The PHRG advice explains that, as a matter of Ecuadorian law, the terms of the IDB Policies – and particularly clause 2.63 – would have been applicable vis-a-vis bidders only if they were specifically incorporated into the Tender Documents.

8. We understand from the PHRG advice that it was a requirement of the Tender Documents (at clause 27.1 of the Documentos de Licitación) that:

“No se solicitará, ofrecerá o permitirá cambios en los precios ni en la esencia de la Oferta, excepto para confirmar correcciones de errores aritméticos descubiertos por el Contratante en la evaluación de las Ofertas”

9. While we cannot comment on the order of precedence under Ecuadorian law, it would be usual in our experience for the express terms of the Tender Documents to override any conflicting provision set out in a separate policy that is not clearly incorporated into and stated to take precedence over the express terms of the Tender Documents.

10. We note also that the PHRG advice explains that the Ecuadorian Public Contracts Law does not permit negotiation of the terms of a bidder’s offer prior to award of the contract, save in relation to consultancy contracts. The PHRG advice explains that Ecuadorian law takes precedence over the IDB Policies.

11. Further, we understand it is common practice in IDB-funded procurement processes for the IDB to review and provide a “no objection” confirmation in relation to the tender documents. Assuming that was the case in relation to the Tender Process, we would expect that if the IDB had intended paragraph 2.63 to apply to the Tender Process, it would have identified this during its review of the Tender Documents and would have required the Municipality to reflect the terms of paragraph 2.63 in the Tender Documents.

12. In this context, if the Consortium were to negotiate with the Municipality, we consider there is a risk that other bidders that participated in the Tender Process may seek to challenge the process on the grounds that the Tender Documents did not provide for a right to negotiate with the first-ranked bidder and, therefore, represents unfair and unequal treatment in favour of the Consortium. We see a risk that such a challenge could be successful, and could call the validity of Tender Process into question or provide a basis for other bidders to seek a right to enter into negotiations with the Municipality in relation to their own offers.

The terms of clause 2.63 of the IDB Policies

13. Even if the IDB Policies had been applied to the Tender Process, however, we note that clause 2.63 applies only in the circumstance where the price of the Consortium’s Offer exceeded the Municipality’s pre-bid cost estimates by a *substantial* margin. We have seen no analysis of the discrepancy between the Offer price and the Municipality’s estimates to demonstrate that this amounted to a “*substantial*” margin.





14. Even assuming that the IDB Policies applied to the Tender Process and clause 2.63 applied to the specific circumstances, we note:
- (a) the terms of clause 2.63 are permissive and not obligatory in nature. Specifically, on the basis of clause 2.63:
 - (i) while the Municipality is *allowed* to enter into negotiations with the Consortium (as the bidder that submitted the lowest priced tender), the Consortium is *not obliged* to participate in any such negotiations; and
 - (ii) there can be *no obligation* on the Consortium to agree *to reduce the price* or otherwise alter the terms of its Offer;
 - (b) any *substantial modifications* to the terms of the Consortium's Offer may lead the IDB to require the Municipality to re-run the Tender Process, so the *remit* of any such negotiations would be limited to an attempt to try to obtain a satisfactory contract through a non-material reduction in the scope and/or a non-material reallocation of risk and responsibility;
 - (c) clause 2.63 provides that "*the Borrower may negotiate with the lowest evaluated bidder*" and does not, therefore, permit negotiation with any other bidder. Accordingly, clause 2.63 would not authorise the Municipality to enter into negotiations with any bidder other than the Consortium. As noted in paragraph 12 above, we see a risk that - given the terms of clause 2.63 were not expressly incorporated into the Tender Documents - other bidders may seek to claim a right to negotiate the terms of their offers with the Municipality, which could have the effect of prejudicing the Consortium's presumptive right, having submitted the lowest priced tender, to be awarded the contract; and
 - (d) it is consistent with the terms of clause 2.63, and would not result in a breach of the Municipality's obligations to the IDB, if the Municipality did not enter into negotiations with the Consortium.
15. We note that, in accordance with its terms, the Consortium's Offer remains valid and open for acceptance by the Municipality during the period of its validity.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP

SJR/MRK/DJ



Odebrecht Acciona Consorcio

Fecha

24 de marzo de 2015

QUITO METRO LICITACIÓN

NEW YORK

601 Lexington Avenue

31st Floor

New York, NY 10022

T +1 212 277 4000

F +1 212 277 4001

W www.freshfields.com

Memorandum

A: Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht - Acciona

De: Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

Introducción

1. Entendemos que:

- (a) entre noviembre de 2012 y febrero de 2014, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (el **MDMQ**) convocó una licitación para nombrar un contratista de obras sociales en conexión con la primera línea del metro de Quito (la **Licitación**);
- (b) el contrato ofrecido a través de la Licitación prevé financiamiento (por lo menos en parte) por un grupo de bancos consistiendo del Banco Central de Ecuador con unos cuantos organismos multilaterales de crédito: el Banco Interamericano de Desarrollo (el **BID**), el Banco Europea de Inversiones y la Corporación Andina de Fomento;
- (c) la Licitación y los documentos que establecen las normas de la Licitación (los **Documentos de la Licitación**) se rigen por derecho ecuatoriano;
- (d) Odebrecht y Acciona formaron un consorcio (el **Consorcio**) con el propósito de participar en la Licitación, que presentó su oferta en conformidad con los términos de la Licitación el 7 de julio de 2014 (la **Oferta**);
- (e) el MDMQ notificó al Consorcio que la Oferta tuvo el precio más bajo de todas las ofertas presentadas en la Licitación.;
- (f) el MDMQ ha propuesto entrar en negociaciones con el Consorcio con respecto a la Oferta;
- (g) el MDMQ razona que la cláusula 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-

The Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP partners include members of the Bars of the State of New York and the District of Columbia, Solicitors of the Supreme Court of England and Wales and Rechtsanwälte of Germany

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Beijing Berlin Brussels Cologne Dubai Dusseldorf Frankfurt am Main Hamburg
Hanoi Ho Chi Minh City Hong Kong London Madrid Milan Moscow Munich New York Paris Rome Shanghai
Singapore Tokyo Vienna Washington

9 de marzo del 2011 (las **Políticas de Adquisiciones BID**) justifica la propuesta del MDMQ para entrar en negociaciones. La cláusula establece:

“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.”

2. En preparar este informe hemos revisado (i) las Políticas de Adquisiciones BID y (ii) un borrador del informe de Paz Horowitz Robalino Garcés analizando la aplicación de las Políticas de Adquisiciones BID a la Licitación (el **Informe PHRG**). No hemos revisado ninguno de los Documentos de la Licitación.
3. Se nos solicita nuestro análisis de la aplicación de la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID teniendo en cuenta los antecedentes antes mencionados y el Informe PHRG. Consta notar que no expresamos ningún comentario sobre las leyes de Ecuador o interpretaciones de cualquier asunto o documento bajo las leyes de Ecuador.

Las Políticas de Adquisiciones BID

4. La cláusula 1.1 de las Políticas de Adquisiciones BID expresamente establece que la Licitación se rige por los Documentos de la Licitación y no las Políticas de Adquisiciones BID:

“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.”
5. La cláusula 1.1 también establece que las relaciones legales entre el Prestatario y el Banco se rigen por el Contrato de Préstamo y que *“la aplicabilidad de [las Políticas de*

Adquisiciones BID] para la contratación de bienes y de obras se estipula en dicho contrato.” Por lo tanto, mientras el Contrato de Préstamo pueda requerir que el MDMQ lleve a cabo la Licitación en conformidad con las Políticas de Adquisiciones BID, esas mismas Políticas solo se aplican a la relación entre el MDMQ y los oferentes en la medida que esas mismas Políticas fueron correctamente incorporadas en los Documentos de la Licitación.

6. No hay nada en las Políticas de Adquisiciones BID que indique que esas mismas Políticas deberían regir la Licitación sin que sean incorporadas explícitamente en los Documentos de la Licitación.

Incorporación de las Políticas de Adquisiciones BID en los Documentos de la Licitación

7. La cuestión de si las Políticas de Adquisición BID fueron incorporadas en los Documentos de la Licitación o si son aplicables al proceso de la Licitación por otra manera es una cuestión de hecho sujeto a la interpretación de las leyes ecuatorianas. El Informe PHRG explica que, por cuestión de derecho ecuatoriano, los términos de las Políticas de Adquisición BID – en particular la cláusula 2.63 – hubieran sido aplicables en relación a los oferentes solamente si fueron expresamente previstos en los Documentos de la Licitación.

8. Entendemos por el Informe PHRG que era un requisito de los Documentos de la Licitación (por la cláusula 27.1 de los Documentos de la Licitación emitidos en noviembre de 2013 para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2) que:

“No se solicitará, ofrecerá o permitirá cambios en los precios ni en la esencia de la Oferta, excepto para confirmar correcciones de errores aritméticos descubiertos por el Contratante en la evaluación de las Ofertas”

9. Mientras no podemos comentar sobre la jerarquía normativa de Ecuador, sería congruente con nuestra experiencia que los términos expresamente indicados en los Documentos de la Licitación prevalezcan sobre cualquier término en conflicto que no esté claramente incorporada e indicado tener prioridad sobre los términos expresos en los Documentos de la Licitación.
10. También notamos que el Informe PHRG explica que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no permite negociaciones de los términos de una oferta ex-ante con el oferente antes de la adjudicación del contrato excepto en caso de

contratos de consultoría de un proveedor. El Informe PHRG explica que las leyes de Ecuador tienen prioridad sobre las Políticas de Adquisiciones BID.

11. Adicionalmente, entendemos que es costumbre en las licitaciones con financiamiento del BID que el BID (i) revise los pliegos o documentos de la licitación y (ii) emita una "No Objeción" con respecto a dichos pliegos y documentos. Asumiendo que eso también fue el caso con la Licitación, hubiéramos esperado que si el BID hubiera querido aplicar la cláusula 2.63 a la Licitación, el BID lo hubiera identificado en su revisión de los documentos y hubiera requerido que dicha cláusula fuese incorporada en los Documentos de la Licitación.
12. En el contexto de lo antes mencionado, si el Consorcio empezara a negociar con el MDMQ, creemos que existe el riesgo que los otros oferentes que participaron en la Licitación puedan cuestionar el proceso de la Licitación reclamando que los Documentos de la Licitación no preveían la posibilidad de negociar con el oferente que presentó la oferta más baja y, por lo tanto, refleja trato desigual e injusto a favor del Consorcio. Por lo tanto vemos un riesgo de que estas demandas podrían tener éxito y poner en duda la validez de la Licitación o servir de base para otros oferentes que buscan entrar en negociaciones con el MDMQ en relación con sus propias ofertas.

Los términos de la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID

13. Sin embargo, aunque fuesen aplicables las Políticas de Adquisiciones BID a la Licitación, notamos que la cláusula 2.63 solamente aplica en circunstancias donde el precio de la oferta del Consorcio excede el costo estimado ante Licitación por el MDMQ por un monto *considerable*. No hemos visto ningún análisis sobre la diferencia entre el precio de la Oferta y el costo estimado por el MDMQ que indica que dicho monto es un monto *considerable*.
14. Suponiendo que las Políticas de Adquisiciones BID fueran aplicables a la Licitación y que la cláusula 2.63 aplicara a estas circunstancias, notamos que
 - (a) los términos de la cláusula 2.63 son voluntarios y no son obligatorios. Particularmente, a base de la cláusula 2.63
 - (i) mientras el MDMQ *esté permitido* buscar entrar en negociaciones con el Consorcio (como el oferente con la oferta más baja), el Consorcio *no está obligado* participar en dichas negociaciones; y
 - (ii) no puede haber *ninguna obligación* para el Consorcio de aceptar *una reducción del precio* del contrato u otras modificaciones a la Oferta

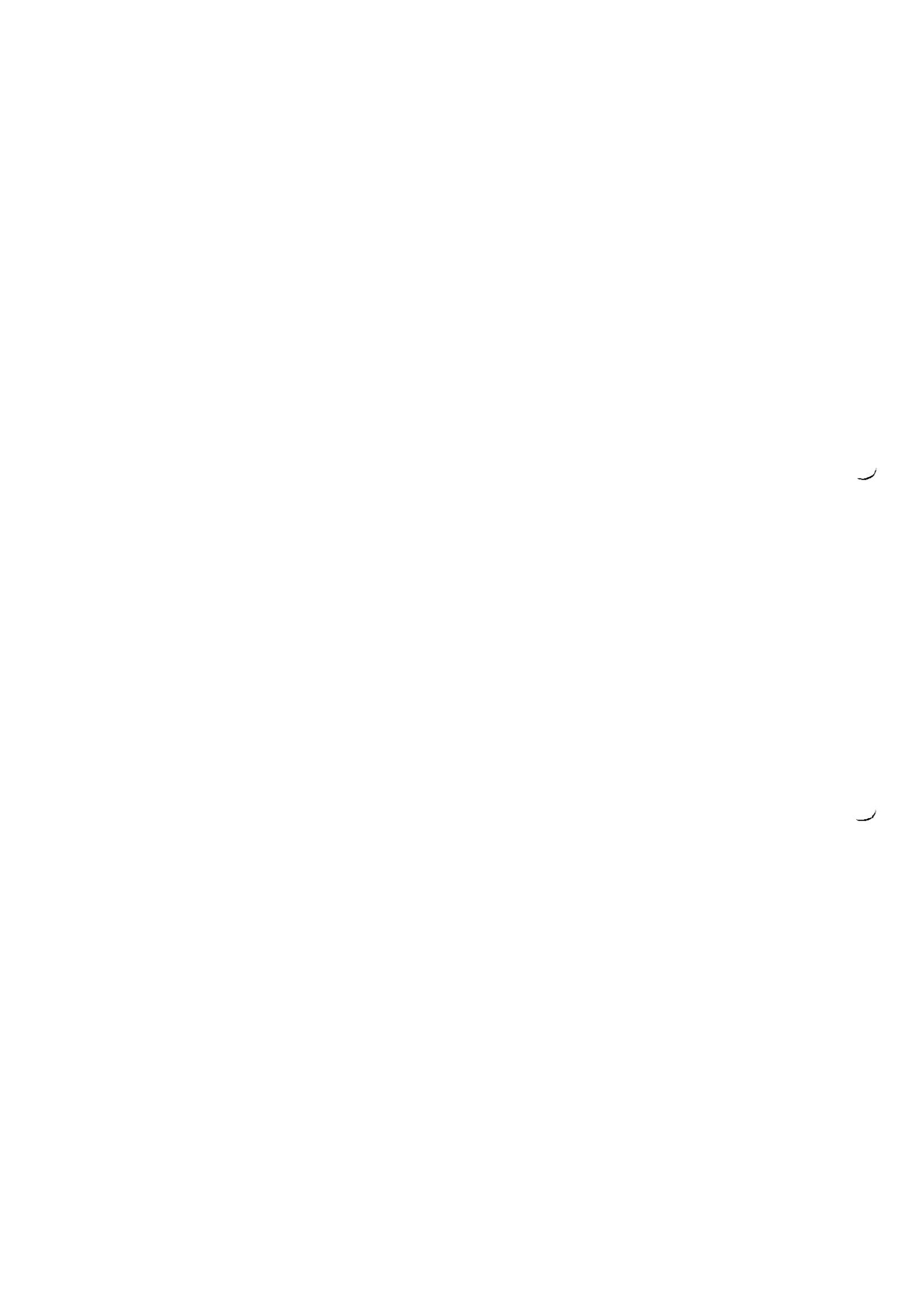
- (b) una *modificación considerable* a los términos de la Oferta del Consorcio podría forzar al MDMQ llamar una nueva licitación, entonces *el ámbito* de negociaciones *está limitada* a una reducción insustancial del precio o una modificación del alcance del contrato y/o una reasignación de riesgo y responsabilidad *siempre y cuando no sea considerable*;
- (c) la cláusula 2.63 establece que *"el Prestatario podrá negociar con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja"* y entonces no permite al MDMQ negociar con cualquier otro oferente. En consecuencia, la cláusula 2.63 no permitirá al MDMQ entrar en negociaciones con un oferente que no sea el Consorcio. Como ya indicamos en el párrafo 11, dado que los términos de la cláusula 2.63 no fueron expresamente incorporados en los Documentos de la Licitación, existe el riesgo que los otros oferentes usen las negociaciones con el Consorcio como una base para tratar de entrar en negociaciones con el MDMQ, que podría tener el efecto de perjudicar el derecho presunto del Consorcio, como el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja de la adjudicación de la Licitación; y
- (d) es consistente con los términos de la cláusula 2.63, y no resultaría en un incumplimiento por parte del MDMQ con respecto a sus obligaciones al BID, si el MDMQ no entrará en negociaciones para modificar la Oferta.

15. Notamos que, en conformidad con sus términos, la Oferta sigue vigente y que el MDMQ puede aceptar dicha oferta durante su vigencia.

Quedamos a su disposición en caso de que tengan cualquier duda o consulta adicional.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER US LLP

SJR/MRK/SC/DJ



Análisis Jurídico

**Aplicación de la Cláusula 2.63
de las Políticas de Adquisiciones BID
a la
Licitación Pública Internacional
No. RELI-01-2013-METROQUITO-BID-CAF-BEI**

Javier Robalino Orellana¹

Quito, Marzo de 2015

¹ Profesor y Director del Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito.



ÍNDICE DE CONTENIDO

I.	Notas Preliminares	3
II.	Antecedentes	5
III.	Análisis	8
III.a.	Fuentes de las Obligaciones	8
III.b.	Principio de Relatividad de los Negocios Jurídicos	9
III.c.	Obligatoriedad del Formulario 1 y el Formulario 13 de los Documentos de Licitación	10
III.d.	Prohibición de Modificar la Oferta	12
III.e.	Precedentes Análogos	13
III.f.	Jerarquía Normativa	15
III.g.	Principio de Legalidad	16
III.h.	Negociación <i>ex ante</i> - Contratos Consultoría	17
III.i.	No objeción a los Pliegos por parte de los organismos multilaterales	18
III.j.	Legítima Expectativa	20
III.k.	Interpretación de Buena Fe / <i>Venire contra factum proprium</i>	23
III.l.	Certeza y Seguridad Jurídica	27
III.m.	Transparencia	29
III.n.	Aplicación de la Ley en el tiempo	31
III.o.	In Dubio Pro Actione	32
III.p.	Modificación ulterior de los pliegos	33
III.q.	Obligatoriedad de los Pliegos	33
III.r.	Aplicación de la Cl. 2.63	34
III.s.	Obligatoriedad y Vigencia de las Políticas BID	35
IV.	Conclusiones	36

Introducción

A pedido del Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht - Acciona ("**Consortio**"), a continuación sírvase encontrar nuestro análisis sobre la aplicación de la Cláusula 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (GN-2349-9 de Marzo del 2011) ("**Políticas de Adquisiciones BID**") en el proceso de Licitación Pública Internacional No. RELI-01-2013-METROQUITO-BID-CAF-BEI ("**Licitación**").

Este informe analiza la legislación, jurisprudencia y doctrina aplicable en el derecho administrativo ecuatoriano en relación al asunto planteado.

Este informe considera la información proporcionada por el Consorcio, la cual se encuentra mencionada en el texto del mismo.

I. Notas Preliminares

Dentro del presente análisis, hemos revisado entre otros documentos expresamente indicados en este reporte, los Documentos de Licitación emitidos el 8 de abril de 2013 para la Precalificación para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2; los Documentos de Licitación emitidos en noviembre de 2013 para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2 ("**Documentos de Licitación**"); las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011 ("**Políticas de Adquisiciones BID**" o "**Políticas**"); el Aviso General de Adquisiciones para el Proyecto Primera Línea del Metro de Quito; y el oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015 remitido por el apoderado del Consorcio Línea 1 hacia la Comisión Técnica de Licitación de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito.

Asimismo, para elaborar este reporte se han asumido los siguientes hechos como ciertos, los cuales se desprenden de dichos documentos y otros más aquí señalados:

1. Las Políticas de Adquisiciones BID fueron mencionadas en el Aviso General de Adquisiciones emitido por el MDMQ para el proyecto Primera Línea del Metro de Quito del 20 de noviembre de 2012.

2. La Cláusula 1.1 de las Políticas de Adquisición BID regulan exclusivamente las relaciones jurídicas entre el BID y el MDMQ.²
3. De conformidad a la cláusula 1.3 de las Políticas de Adquisiciones BID, no se podrá otorgar un trato preferencial a un oferente, por lo que una negociación posterior a la presentación y evaluación de las ofertas resultaría en un beneficio o afectación al oferente correspondiente.
4. El BID revisó los Pliegos o Documento de la Licitación previo el inicio del proceso precontractual y emitió la No Objeción.
5. Hasta donde conocemos, los oferentes no recibieron los documentos de crédito entre el BID y el MDMQ ni las Políticas de Adquisición BID fueron entregadas al Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht - Acciona ("Consorcio") antes de la presentación de la oferta como parte de los Documentos de la Licitación.
6. Ciertos acuerdos multilaterales celebrados, de haberlos, entre las entidades financieras del proyecto tales como el BID, la Corporación Andina de Fomento ("CAF"), el Banco Europeo de Inversiones ("BEI") y el Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento ("BIRF"); o, los Contratos de Préstamo específicos celebrados entre el MDMQ y estas entidades financieras multilaterales no fueron entregados a los oferentes como parte de los Documentos de la Licitación. Más aún, tales documentos son considerados como confidenciales y por lo tanto no han sido publicados dentro de los pliegos o de otra manera transmitidos a los oferentes.
7. El Manual de Entidades para el Uso del Sistema Nacional de Contratación Pública en Proyectos Financiados por el BID no es aplicable a la Licitación por cuanto se excluye expresamente a los contratos de obra. Asimismo, no encontramos en él elementos adicionales de análisis.

² Sección 1.1: "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". (énfasis añadido). Véase también sección 1.5.

II. Antecedentes

8. El 21 de noviembre de 2012 el MDMQ emitió el Aviso General de Adquisiciones, mediante el cual se invitaba a los consorcios o asociaciones elegibles a participar el en proceso de Precalificación de los Interesados.
9. El 8 de abril de 2013 el MDMQ emitió los Documentos de Licitación para la Precalificación para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2, en que no se hizo referencia a las Políticas de Adquisiciones BID.
10. El MDMQ emitió el Aviso Específico de Adquisiciones, mediante el cual se da a conocer a los consorcios y asociaciones interesados el Llamado a Precalificar No. SDP-01-2013-METRO DE QUITO-BID CAF-BEI. Además, en el aviso se manifiesta que en la posterior Licitación Pública Internacional podrán ofertar únicamente los solicitantes que hubiesen sido precalificados. En el Aviso Específico de Adquisiciones no se hace referencia alguna a las Políticas de Adquisiciones del BID.
11. En noviembre de 2013 el MDMQ emitió los Documentos de Licitación para la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2. En ellos, no se hizo referencia alguna a las Políticas de Adquisiciones BID.
12. De acuerdo a los Documentos de Licitación, las ofertas debían presentarse el 20 de febrero de 2014, a las 18h00³. Tal fecha también se realizaría la apertura y lectura de las ofertas⁴.
13. El 7 de julio de 2014 el Consorcio presentó su oferta, cumpliendo todos los requerimientos de los Documentos de Licitación. La oferta del Consorcio fue la oferta que, cumpliendo con todas las condiciones establecidas en los Documentos de Licitación, tuvo el precio más bajo.
14. El 30 de enero de 2015, el MDMQ 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 prestamistas. En ella se manifestó que:

³ Véase Cláusula 22.1 de las IAO.

⁴ Véase Cláusula 25.1 de las IAO.

"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".

15. Mediante este documento, el BID reconoce que el precio ofertado obedece a los precios actuales del mercado, por lo que no hizo referencia a la necesidad de negociar dicho precio. Este texto consta como parte del correo electrónico enviado por la Comisión Técnica de la EPMMQ el 2 de febrero de 2015.
16. El 2 de febrero de 2015 el MDMQ comunicó al Consorcio acerca de la No Objeción por parte de los bancos prestamistas, y se presentó como una supuesta alternativa el negociar con el Consorcio con el fin de reducir el precio del contrato, de conformidad con la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID.
17. Mediante oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015, el Consorcio manifestó que *"las propias políticas del Banco Interamericano de Desarrollo se auto excluyen de regir los Documentos de la Licitación y el Contrato resultante"*, y que el MDMQ aprobó los Documentos de Licitación sin incluir una referencia expresa a la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID.
18. Mediante oficio No. CL1-MT2-003-2015 de 10 de marzo de 2015, el Consorcio ratifica la inexistencia de la posibilidad de negociar el precio del contrato antes de su adjudicación, para lo cual remite un Análisis del Proceso de Adjudicación para la Licitación Pública Internacional para la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2.
19. Mediante oficio No. EPMMQ-2015-280 de 23 de marzo de 2015 se da contestación a las dos comunicaciones señaladas en los párrafos anteriores, remitidas por el Consorcio. En esta comunicación el MDMQ manifiesta que el 4 de marzo de 2015 realizó una consulta a los cuatro organismos multilaterales involucrados respecto de si el proceso de licitación del metro de Quito se rige por las Políticas de Adquisiciones BID, y si existe la alternativa de negociar con el oferente que haya presentado la oferta más baja antes de la adjudicación del contrato. Esta consulta también fue realizada al Procurador Metropolitano del MDMQ.

20. Mediante oficio detallado en el numeral anterior, se comunica al Consorcio el oficio de 13 de marzo de 2015, a través del cual los organismos multilaterales de crédito dieron respuesta a la consulta realizada por el MDMQ. Principalmente, se manifiesta que:
- 20.1. Se ratifica que el proceso de licitación ha seguido las Políticas de Adquisiciones BID.
 - 20.2. Se ratifica que es aplicable la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID respecto de la posibilidad de negociar con el oferente que haya presentado la oferta más baja de manera previa a la suscripción del contrato. Además se enfatiza que el oferente tiene la libertad de acceder a negociar o de decidir no hacerlo.
 - 20.3. Hasta que no se realice la adjudicación y se realice la suscripción del contrato, sigue abierto el proceso de selección y aplican las Políticas de Adquisiciones BID.
21. En el oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015 se concluye que el proceso de licitación se rige por lo previsto en el artículo 3 de la LOSNCP, en los convenios de crédito, la Políticas de Adquisiciones BID que hacen parte integral de los Contratos de Préstamo, y los Documentos de Licitación. Consecuentemente, se ratificó en los pronunciamientos de los organismos multilaterales de crédito.
22. Mediante Oficio No. CAN/CEC/467/2015 emitido el 18 de marzo de 2015, el BID ratificó que: *“el Banco no es parte del proceso de selección ni del contrato que derive de él”*.

III. Análisis

A continuación sírvase encontrar nuestro análisis sobre la aplicación de la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID en relación a la Licitación.

III.a. Fuentes de las Obligaciones

23. De acuerdo al Código Civil, en nuestro sistema las obligaciones nacen por diversas fuentes, el Profesor Luis Parraguez define a las fuentes de obligaciones así: *"Se llaman Fuentes de las Obligaciones, aquellos hechos o actos jurídicamente idóneos para darles nacimiento"*⁵

24. Igualmente, el Profesor Parraguez se adhiere a la tesis de las cinco fuentes de obligaciones⁶, prescritas por el Código Civil, el cual establece:

"Art. 1453.- Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia."

25. En este caso, las obligaciones nacidas entre el Consorcio y el MDMQ nacen de la ley, por mandato de la LOSNCP y su Reglamento; así como de hechos voluntarios, como es la presentación de la oferta. Es importante resaltar que la oferta es un negocio jurídico unilateral, por el cual el oferente se obliga a no revocar la misma.

26. Por otro lado, las obligaciones que nacieron entre el MDMQ y los Bancos, por efecto de la celebración de los documentos financieros y el/los convenios de crédito, tienen como fuente el concurso de voluntades. Entre estas obligaciones está la aplicación de las Políticas de Adquisiciones del BID.

27. Estas obligaciones, por un lado, las adquiridas por el Consorcio; y, por el otro, las adquiridas por el MDMQ, tienen fuentes distintas y se regulan por normas distintas, lo cual es reconocido por las propias Políticas en la cláusula 1.1 Véase sección infra.

⁵ Parraguez Ruiz, Luis. *"Manual de Derecho Civil Ecuatoriano"*, Volumen 1. Loja: Universidad Particular de Loja, 2006, p. 65.

⁶ *Ibidem*, p. 66.



Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

Odebrecht Acciona Consorcio

Fecha

24 de marzo de 2015

QUITO METRO LICITACIÓN

NEW YORK
601 Lexington Avenue
31st Floor
New York, NY 10022
T +1 212 277 4000
F +1 212 277 4001
W www.freshfields.com

Memorandum

A: Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht - Acciona

De: Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

Introducción

1. Entendemos que:

- (a) entre noviembre de 2012 y febrero de 2014, el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito (el **MDMQ**) convocó una licitación para nombrar un contratista de obras sociales en conexión con la primera línea del metro de Quito (la **Licitación**);
- (b) el contrato ofrecido a través de la Licitación prevé financiamiento (por lo menos en parte) por un grupo de bancos consistiendo del Banco Central de Ecuador con unos cuantos organismos multilaterales de crédito: el Banco Interamericano de Desarrollo (el **BID**), el Banco Europea de Inversiones y la Corporación Andina de Fomento;
- (c) la Licitación y los documentos que establecen las normas de la Licitación (los **Documentos de la Licitación**) se rigen por derecho ecuatoriano;
- (d) Odebrecht y Acciona formaron un consorcio (el **Consorcio**) con el propósito de participar en la Licitación, que presentó su oferta en conformidad con los términos de la Licitación el 7 de julio de 2014 (la **Oferta**);
- (e) el MDMQ notificó al Consorcio que la Oferta tuvo el precio más bajo de todas las ofertas presentadas en la Licitación.;
- (f) el MDMQ ha propuesto entrar en negociaciones con el Consorcio con respecto a la Oferta;
- (g) el MDMQ razona que la cláusula 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-

The Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP partners include members of the Bars of the State of New York and the District of Columbia, Solicitors of the Supreme Court of England and Wales and Rechtsanwälte of Germany

Abu Dhabi Amsterdam Bahrain Beijing Berlin Brussels Cologne Dubai Düsseldorf Frankfurt am Main Hamburg
Hong Kong London Madrid Milan Moscow Munich New York Paris Rome Shanghai
Singapore Tokyo Vienna Washington

9 de marzo del 2011 (las **Políticas de Adquisiciones BID**) justifica la propuesta del MDMQ para entrar en negociaciones. La cláusula establece:

“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.”

2. En preparar este informe hemos revisado (i) las Políticas de Adquisiciones BID y (ii) un borrador del informe de Paz Horowitz Robalino Garcés analizando la aplicación de las Políticas de Adquisiciones BID a la Licitación (el **Informe PIIRG**). No hemos revisado ninguno de los Documentos de la Licitación.
3. Se nos solicita nuestro análisis de la aplicación de la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID teniendo en cuenta los antecedentes antes mencionados y el Informe PIIRG. Consta notar que no expresamos ningún comentario sobre las leyes de Ecuador o interpretaciones de cualquier asunto o documento bajo las leyes de Ecuador.

Las Políticas de Adquisiciones BID

4. La cláusula 1.1 de las Políticas de Adquisiciones BID expresamente establece que la Licitación se rige por los Documentos de la Licitación y no las Políticas de Adquisiciones BID:

“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.”
5. La cláusula 1.1 también establece que las relaciones legales entre el Prestatario y el Banco se rigen por el Contrato de Préstamo y que *“la aplicabilidad de [las Políticas de*

Adquisiciones BID] para la contratación de bienes y de obras se estipula en dicho contrato.” Por lo tanto, mientras el Contrato de Préstamo pueda requerir que el MDMQ lleve a cabo la Licitación en conformidad con las Políticas de Adquisiciones BID, esas mismas Políticas solo se aplican a la relación entre el MDMQ y los oferentes en la medida que esas mismas Políticas fueron correctamente incorporadas en los Documentos de la Licitación.

6. No hay nada en las Políticas de Adquisiciones BID que indique que esas mismas Políticas deberían regir la Licitación sin que sean incorporadas explícitamente en los Documentos de la Licitación.

Incorporación de las Políticas de Adquisiciones BID en los Documentos de la Licitación

7. La cuestión de si las Políticas de Adquisición BID fueron incorporadas en los Documentos de la Licitación o si son aplicables al proceso de la Licitación por otra manera es una cuestión de hecho sujeto a la interpretación de las leyes ecuatorianas. El Informe PHRG explica que, por cuestión de derecho ecuatoriano, los términos de las Políticas de Adquisición BID – en particular la cláusula 2.63 – hubieran sido aplicables en relación a los oferentes solamente si fueron expresamente previstos en los Documentos de la Licitación.

8. Entendemos por el Informe PHRG que era un requisito de los Documentos de la Licitación (por la cláusula 27.1 de los Documentos de la Licitación emitidos en noviembre de 2013 para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2) que:

“No se solicitará, ofrecerá o permitirá cambios en los precios ni en la esencia de la Oferta, excepto para confirmar correcciones de errores aritméticos descubiertos por el Contratante en la evaluación de las Ofertas”

9. Mientras no podemos comentar sobre la jerarquía normativa de Ecuador, sería congruente con nuestra experiencia que los términos expresamente indicados en los Documentos de la Licitación prevalezcan sobre cualquier término en conflicto que no esté claramente incorporada e indicado tener prioridad sobre los términos expresos en los Documentos de la Licitación.
10. También notamos que el Informe PHRG explica que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no permite negociaciones de los términos de una oferta ex-ante con el oferente antes de la adjudicación del contrato excepto en caso de

contratos de consultoría de un proveedor. El Informe PHRG explica que las leyes de Ecuador tienen prioridad sobre las Políticas de Adquisiciones BID.

11. Adicionalmente, entendemos que es costumbre en las licitaciones con financiamiento del BID que el BID (i) revise los pliegos o documentos de la licitación y (ii) emita una "No Objeción" con respecto a dichos pliegos y documentos. Asumiendo que eso también fue el caso con la Licitación, hubiéramos esperado que si el BID hubiera querido aplicar la cláusula 2.63 a la Licitación, el BID lo hubiera identificado en su revisión de los documentos y hubiera requerido que dicha cláusula fuese incorporada en los Documentos de la Licitación.
12. En el contexto de lo antes mencionado, si el Consorcio empezara a negociar con el MDMQ, creemos que existe el riesgo que los otros oferentes que participaron en la Licitación puedan cuestionar el proceso de la Licitación reclamando que los Documentos de la Licitación no preveían la posibilidad de negociar con el oferente que presentó la oferta más baja y, por lo tanto, refleja trato desigual e injusto a favor del Consorcio. Por lo tanto vemos un riesgo de que estas demandas podrían tener éxito y poner en duda la validez de la Licitación o servir de base para otros oferentes que buscan entrar en negociaciones con el MDMQ en relación con sus propias ofertas.

Los términos de la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID

13. Sin embargo, aunque fuesen aplicables las Políticas de Adquisiciones BID a la Licitación, notamos que la cláusula 2.63 solamente aplica en circunstancias donde el precio de la oferta del Consorcio excede el costo estimado ante Licitación por el MDMQ por un monto *considerable*. No hemos visto ningún análisis sobre la diferencia entre el precio de la Oferta y el costo estimado por el MDMQ que indica que dicho monto es un monto *considerable*.
14. Suponiendo que las Políticas de Adquisiciones BID fueran aplicables a la Licitación y que la cláusula 2.63 aplicara a estas circunstancias, notamos que
 - (a) los términos de la cláusula 2.63 son voluntarios y no son obligatorios. Particularmente, a base de la cláusula 2.63
 - (i) mientras el MDMQ *esté permitido* buscar entrar en negociaciones con el Consorcio (como el oferente con la oferta más baja), el Consorcio *no está obligado* participar en dichas negociaciones; y
 - (ii) no puede haber *ninguna obligación* para el Consorcio de aceptar *una reducción del precio* del contrato u otras modificaciones a la Oferta

- (b) una *modificación considerable* a los términos de la Oferta del Consorcio podría forzar al MDMQ llamar una nueva licitación, entonces *el ámbito* de negociaciones *está limitada* a una reducción insustancial del precio o una modificación del alcance del contrato y/o una reasignación de riesgo y responsabilidad *siempre y cuando no sea considerable*;
- (c) la cláusula 2.63 establece que *“el Prestatario podrá negociar con el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja”* y entonces no permite al MDMQ negociar con cualquier otro oferente. En consecuencia, la cláusula 2.63 no permitirá al MDMQ entrar en negociaciones con un oferente que no sea el Consorcio. Como ya indicamos en el párrafo 11, dado que los términos de la cláusula 2.63 no fueron expresamente incorporados en los Documentos de la Licitación, existe el riesgo que los otros oferentes usen las negociaciones con el Consorcio como una base para tratar de entrar en negociaciones con el MDMQ, que podría tener el efecto de perjudicar el derecho presunto del Consorcio, como el oferente que haya presentado la oferta evaluada como la más baja de la adjudicación de la Licitación; y
- (d) es consistente con los términos de la cláusula 2.63, y no resultaría en un incumplimiento por parte del MDMQ con respecto a sus obligaciones al BID, si el MDMQ no entrará en negociaciones para modificar la Oferta.

15. Notamos que, en conformidad con sus términos, la Oferta sigue vigente y que el MDMQ puede aceptar dicha oferta durante su vigencia.

Quedamos a su disposición en caso de que tengan cualquier duda o consulta adicional.

FRESHFIELDS BRUCKHAUS DERINGER US LLP

SJR/MRK/SC/DJ



Análisis Jurídico

**Aplicación de la Cláusula 2.63
de las Políticas de Adquisiciones BID
a la
Licitación Pública Internacional
No. RELI-01-2013-METROQUITO-BID-CAF-BEI**

Javier Robalino Orellana¹

Quito, Marzo de 2015

¹ Profesor y Director del Posgrado de Derecho Administrativo de la Universidad San Francisco de Quito.



ÍNDICE DE CONTENIDO

I.	Notas Preliminares.....	3
II.	Antecedentes.....	5
III.	Análisis.....	8
III.a.	Fuentes de las Obligaciones.....	8
III.b.	Principio de Relatividad de los Negocios Jurídicos.....	9
III.c.	Obligatoriedad del Formulario 1 y el Formulario 13 de los Documentos de Licitación.....	10
III.d.	Prohibición de Modificar la Oferta.....	12
III.e.	Precedentes Análogos.....	13
III.f.	Jerarquía Normativa.....	15
III.g.	Principio de Legalidad.....	16
III.h.	Negociación <i>ex ante</i> - Contratos Consultoría.....	17
III.i.	No objeción a los Pliegos por parte de los organismos multilaterales.....	18
III.j.	Legítima Expectativa.....	20
III.k.	Interpretación de Buena Fe / <i>Venire contra factum proprium</i>	23
III.l.	Certeza y Seguridad Jurídica.....	27
III.m.	Transparencia.....	29
III.n.	Aplicación de la Ley en el tiempo.....	31
III.o.	In Dubio Pro Actione.....	32
III.p.	Modificación ulterior de los pliegos.....	33
III.q.	Obligatoriedad de los Pliegos.....	33
III.r.	Aplicación de la Cl. 2.63.....	34
III.s.	Obligatoriedad y Vigencia de las Políticas BID.....	35
IV.	Conclusiones.....	36

Introducción

A pedido del Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht - Acciona ("**Consortio**"), a continuación sírvase encontrar nuestro análisis sobre la aplicación de la Cláusula 2.63 de las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo (GN-2349-9 de Marzo del 2011) ("**Políticas de Adquisiciones BID**") en el proceso de Licitación Pública Internacional No. RELI-01-2013-METROQUITO-BID-CAF-BEI ("**Licitación**").

Este informe analiza la legislación, jurisprudencia y doctrina aplicable en el derecho administrativo ecuatoriano en relación al asunto planteado.

Este informe considera la información proporcionada por el Consorcio, la cual se encuentra mencionada en el texto del mismo.

I. Notas Preliminares

Dentro del presente análisis, hemos revisado entre otros documentos expresamente indicados en este reporte, los Documentos de Licitación emitidos el 8 de abril de 2013 para la Precalificación para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2; los Documentos de Licitación emitidos en noviembre de 2013 para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2 ("**Documentos de Licitación**"); las Políticas para la Adquisición de Bienes y Obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo GN-2349-9 de marzo de 2011 ("**Políticas de Adquisiciones BID**" o "**Políticas**"); el Aviso General de Adquisiciones para el Proyecto Primera Línea del Metro de Quito; y el oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015 remitido por el apoderado del Consorcio Línea 1 hacia la Comisión Técnica de Licitación de la Empresa Pública Metropolitana Metro de Quito.

Asimismo, para elaborar este reporte se han asumido los siguientes hechos como ciertos, los cuales se desprenden de dichos documentos y otros más aquí señalados:

1. Las Políticas de Adquisiciones BID fueron mencionadas en el Aviso General de Adquisiciones emitido por el MDMQ para el proyecto Primera Línea del Metro de Quito del 20 de noviembre de 2012.

2. La Cláusula 1.1 de las Políticas de Adquisición BID regulan exclusivamente las relaciones jurídicas entre el BID y el MDMQ.²
3. De conformidad a la cláusula 1.3 de las Políticas de Adquisiciones BID, no se podrá otorgar un trato preferencial a un oferente, por lo que una negociación posterior a la presentación y evaluación de las ofertas resultaría en un beneficio o afectación al oferente correspondiente.
4. El BID revisó los Pliegos o Documento de la Licitación previo el inicio del proceso precontractual y emitió la No Objeción.
5. Hasta donde conocemos, los oferentes no recibieron los documentos de crédito entre el BID y el MDMQ ni las Políticas de Adquisición BID fueron entregadas al Consorcio Línea 1 Metro de Quito Odebrecht - Acciona ("Consorcio") antes de la presentación de la oferta como parte de los Documentos de la Licitación.
6. Ciertos acuerdos multilaterales celebrados, de haberlos, entre las entidades financieras del proyecto tales como el BID, la Corporación Andina de Fomento ("CAF"), el Banco Europeo de Inversiones ("BEI") y el Banco Internacional para la Reconstrucción y Fomento ("BIRF"); o los Contratos de Préstamo específicos celebrados entre el MDMQ y estas entidades financieras multilaterales no fueron entregados a los oferentes como parte de los Documentos de la Licitación. Más aún, tales documentos son considerados como confidenciales y por lo tanto no han sido publicados dentro de los pliegos o de otra manera transmitidos a los oferentes.
7. El Manual de Entidades para el Uso del Sistema Nacional de Contratación Pública en Proyectos Financiados por el BID no es aplicable a la Licitación por cuanto se excluye expresamente a los contratos de obra. Asimismo, no encontramos en él elementos adicionales de análisis.

² Sección 1.1: "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". (énfasis añadido). Véase también sección 1.5.

II. Antecedentes

8. El 21 de noviembre de 2012 el MDMQ emitió el Aviso General de Adquisiciones, mediante el cual se invitaba a los consorcios o asociaciones elegibles a participar el en proceso de Precalificación de los Interesados.
9. El 8 de abril de 2013 el MDMQ emitió los Documentos de Licitación para la Precalificación para la Contratación de la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2, en que no se hizo referencia a las Políticas de Adquisiciones BID.
10. El MDMQ emitió el Aviso Específico de Adquisiciones, mediante el cual se da a conocer a los consorcios y asociaciones interesados el Llamado a Precalificar No. SDP-01-2013-METRO DE QUITO-BID CAF-BEI. Además, en el aviso se manifiesta que en la posterior Licitación Pública Internacional podrán ofertar únicamente los solicitantes que hubiesen sido precalificados. En el Aviso Específico de Adquisiciones no se hace referencia alguna a las Políticas de Adquisiciones del BID.
11. En noviembre de 2013 el MDMQ emitió los Documentos de Licitación para la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2. En ellos, no se hizo referencia alguna a las Políticas de Adquisiciones BID.
12. De acuerdo a los Documentos de Licitación, las ofertas debían presentarse el 20 de febrero de 2014, a las 18h00³. Tal fecha también se realizaría la apertura y lectura de las ofertas⁴.
13. El 7 de julio de 2014 el Consorcio presentó su oferta, cumpliendo todos los requerimientos de los Documentos de Licitación. La oferta del Consorcio fue la oferta que, cumpliendo con todas las condiciones establecidas en los Documentos de Licitación, tuvo el precio más bajo.
14. El 30 de enero de 2015, el MDMQ 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 prestamistas. En ella se manifestó que:

³ Véase Cláusula 22.1 de las IAO.

⁴ Véase Cláusula 25.1 de las IAO.

"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".

15. Mediante este documento, el BID reconoce que el precio ofertado obedece a los precios actuales del mercado, por lo que no hizo referencia a la necesidad de negociar dicho precio. Este texto consta como parte del correo electrónico enviado por la Comisión Técnica de la EPMMQ el 2 de febrero de 2015.
16. El 2 de febrero de 2015 el MDMQ comunicó al Consorcio acerca de la No Objeción por parte de los bancos prestamistas, y se presentó como una supuesta alternativa el negociar con el Consorcio con el fin de reducir el precio del contrato, de conformidad con la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID.
17. Mediante oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015, el Consorcio manifestó que *"las propias políticas del Banco Interamericano de Desarrollo se auto excluyen de regir los Documentos de la Licitación y el Contrato resultante"*, y que el MDMQ aprobó los Documentos de Licitación sin incluir una referencia expresa a la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID.
18. Mediante oficio No. CL1-MT2-003-2015 de 10 de marzo de 2015, el Consorcio ratifica la inexistencia de la posibilidad de negociar el precio del contrato antes de su adjudicación, para lo cual remite un Análisis del Proceso de Adjudicación para la Licitación Pública Internacional para la Ejecución de la Primera Línea del Metro de Quito, Fase 2.
19. Mediante oficio No. EPMMQ-2015-280 de 23 de marzo de 2015 se da contestación a las dos comunicaciones señaladas en los párrafos anteriores, remitidas por el Consorcio. En esta comunicación el MDMQ manifiesta que el 4 de marzo de 2015 realizó una consulta a los cuatro organismos multilaterales involucrados respecto de si el proceso de licitación del metro de Quito se rige por las Políticas de Adquisiciones BID, y si existe la alternativa de negociar con el oferente que haya presentado la oferta más baja antes de la adjudicación del contrato. Esta consulta también fue realizada al Procurador Metropolitano del MDMQ.

20. Mediante oficio detallado en el numeral anterior, se comunica al Consorcio el oficio de 13 de marzo de 2015, a través del cual los organismos multilaterales de crédito dieron respuesta a la consulta realizada por el MDMQ. Principalmente, se manifiesta que:
- 20.1. Se ratifica que el proceso de licitación ha seguido las Políticas de Adquisiciones BID.
 - 20.2. Se ratifica que es aplicable la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID respecto de la posibilidad de negociar con el oferente que haya presentado la oferta más baja de manera previa a la suscripción del contrato. Además se enfatiza que el oferente tiene la libertad de acceder a negociar o de decidir no hacerlo.
 - 20.3. Hasta que no se realice la adjudicación y se realice la suscripción del contrato, sigue abierto el proceso de selección y aplican las Políticas de Adquisiciones BID.
21. En el oficio No. CL1-MT2-002-2015 de 25 de febrero de 2015 se concluye que el proceso de licitación se rige por lo previsto en el artículo 3 de la LOSNCP, en los convenios de crédito, la Políticas de Adquisiciones BID que hacen parte integral de los Contratos de Préstamo, y los Documentos de Licitación. Consecuentemente, se ratificó en los pronunciamientos de los organismos multilaterales de crédito.
22. Mediante Oficio No. CAN/CEC/467/2015 emitido el 18 de marzo de 2015, el BID ratificó que: *“el Banco no es parte del proceso de selección ni del contrato que derive de él”*.

III. Análisis

A continuación sírvase encontrar nuestro análisis sobre la aplicación de la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID en relación a la Licitación.

III.a. Fuentes de las Obligaciones

23. De acuerdo al Código Civil, en nuestro sistema las obligaciones nacen por diversas fuentes, el Profesor Luis Parraguez define a las fuentes de obligaciones así: *“Se llaman Fuentes de las Obligaciones, aquellos hechos o actos jurídicamente idóneos para darles nacimiento”*⁵

24. Igualmente, el Profesor Parraguez se adhiere a la tesis de las cinco fuentes de obligaciones⁶, prescritas por el Código Civil, el cual establece:

“Art. 1453. Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos y cuasidelitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.”

25. En este caso, las obligaciones nacidas entre el Consorcio y el MDMQ nacen de la ley, por mandato de la LOSNCP y su Reglamento; así como de hechos voluntarios, como es la presentación de la oferta. Es importante resaltar que la oferta es un negocio jurídico unilateral, por el cual el oferente se obliga a no revocar la misma.

26. Por otro lado, las obligaciones que nacieron entre el MDMQ y los Bancos, por efecto de la celebración de los documentos financieros y el/los convenios de crédito, tienen como fuente el concurso de voluntades. Entre estas obligaciones está la aplicación de las Políticas de Adquisiciones del BID.

27. Estas obligaciones, por un lado, las adquiridas por el Consorcio; y, por el otro, las adquiridas por el MDMQ, tienen fuentes distintas y se regulan por normas distintas, lo cual es reconocido por las propias Políticas en la cláusula 1.1 Véase sección infra.

⁵ Parraguez Ruiz, Luis. *“Manual de Derecho Civil Ecuatoriano”*, Volumen 1. Loja: Universidad Particular de Loja, 2006. p. 65.

⁶ *Ibidem*, p. 66.

28. En términos jurídicos, se reconoce que la LOSNCP y las políticas del BID se aplican en este proceso de licitación, pero dentro de un ámbito y alcance distinto. El ámbito de la LOSNCP es de aplicación obligatoria para todos los involucrados en éste proceso de licitación, mientras que las políticas BID regulan exclusivamente las obligaciones que se generen entre el Banco (prestamista) y el prestatario (Estado Ecuatoriano); es decir, no genera vínculo de obligación alguno con los oferentes del proceso. El instrumento que regula la relación entre la entidad licitante y los oferentes son los Documentos de la Licitación.

III.b. Principio de Relatividad de los Negocios Jurídicos

29. Como hemos indicado, partimos del presupuesto que existen contratos o convenios de crédito suscritos por los organismos multilaterales de financiamiento, tales como el o los contratos entre el BIRF, CAF, BID, BEI y el MDMQ. El Consorcio, por su parte, no intervino en ninguno de estos instrumentos como parte. Estos documentos no fueron publicados como parte de los Documentos de Licitación, lo cual impidió al Consorcio conocer los términos de los mismos.

30. Uno de los principios que rige los negocios jurídicos (siendo ejemplos de ellos los contratos de préstamo) es el principio de relatividad de los negocios jurídicos o *res inter alios acta*. Según este principio, los negocios jurídicos tienen efecto solamente respecto de aquellas partes que brindaron su consentimiento para obligarse a través de ellos⁷. Por este motivo, los efectos y obligaciones de un determinado negocio jurídico no pueden alcanzar a un tercero, pues no ha manifestado su voluntad de obligarse.

31. El Consorcio no suscribió los documentos financieros multilaterales o los contratos de préstamo con los organismos multilaterales de financiamiento, ni como parte ni como testigo. Por ende, los compromisos contraídos por los organismos multilaterales o por el MDMQ no le podían ser oponibles al Consorcio (o a los otros oferentes) a menos que se los incluyeran expresamente en los Documentos de Licitación.

⁷ Ospina Fernández, Guillermo y Eduardo Ospina Acosta. "Teoría General del Contrato y el Negocio Jurídico". Bogotá: Temis, 2000. p. 359

32. En específico, en el caso de que el MDMQ se hubiese obligado a través de estos negocios jurídicos a ceñirse a las Políticas de Adquisiciones BID en el proceso de licitación, esta obligación no le podía ser oponible al Consorcio.
33. Quien se encontraba obligado plasmar la aplicación de la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID en los Documentos de Licitación era el MDMQ, por cuanto esta entidad sí suscribió los documentos financieros multilaterales y los contratos de préstamo, por lo que tenía pleno conocimiento de las obligaciones que de estos instrumentos emanaban. El no haber incluido una referencia expresa a la Cláusula 2.63 en los Documentos de la Licitación solamente genera responsabilidad por parte del MDMQ frente a los organismos multilaterales que suscribieron los documentos financieros multilaterales y los contratos de préstamo, mas no puede afectar de ninguna manera al Consorcio.
34. De esta manera, en aplicación del principio de relatividad de los efectos de los negocios jurídicos, la omisión por parte de del MDMQ no se le puede extender, y por ende, no puede perjudicar al Consorcio, quien se cionó estrictamente a las condiciones establecidas por el MDMQ en los Documentos de Licitación, que era el único documento al cual el Consorcio tenía acceso.
35. Por consiguiente, el Consorcio no puede verse obligado a negociar el monto de su oferta. Es así que se configura una inoponibilidad tanto de forma, ya que no existió la debida publicidad de estos documentos, como de fondo, por falta de concurrencia, ya que el Consorcio no formó parte de dichos acuerdos.

III.e. Obligación del Formulario 1 y el Formulario 13 de los Documentos de Licitación

36. De conformidad con la Cláusula 11.1 de los Documentos de Licitación⁸, la Oferta comprendía una serie de formularios anexos a los Documentos de Licitación. La

⁸ Cláusula 11.1: "La oferta comprenderá lo siguiente:

- (a) carta de la Oferta;
- (b) los correspondientes formularios debidamente completados, incluida la Lista de Cantidades y sus precios, de acuerdo con lo establecido en las Cláusulas 12 y 14 de las IAO;
- (c) garantía de mantenimiento de la Oferta, de conformidad con la Cláusula 19 de las IAO;
- (d) Ofertas alternativas, si se permite, de conformidad con la Cláusula 13 de las instrucciones a los Oferentes;
- (e) Confirmación escrita en la que se autorice al firmante de la Oferta a comprometer al Oferente, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula 20.2 de las IAO;
- (f) De conformidad con la Cláusula 17 de las IAO, documentos comprobantes que demuestren que el Oferente está calificado para ejecutar el contrato en caso de que su Oferta sea aceptada;

cláusula mencionada hace referencia a dos formularios en específico, dada su importancia para la licitación. En primer lugar, el Formulario No. 1 de los Documentos de Licitación recoge la Carta de oferta. Mediante este documento los oferentes debían determinar a cuánto ascendía el precio total de su oferta y, además, debían presentar los descuentos ofrecidos. Adicionalmente, a través de la Carta de oferta, los oferentes se comprometieron a mantener en firme sus ofertas por un período de ciento ochenta días a partir de la fecha límite de presentación de las ofertas".

37. De lo anterior se desprenden algunas características de la Carta de oferta constante en el Formulario No. 1. En primer lugar, la carta oferta señala el consentimiento claro e inequívoco de los oferentes de realizar las obras y servicios de conformidad a los Documentos de Licitación, lo que significa que la carta de oferta es vinculante para el oferente. Así, los oferentes mediante la Carta de oferta se obligaron a que sus ofertas sean válidas y permanezcan en firme por el periodo de tiempo antes mencionado, y a seguir el procedimiento establecido en los Documentos de Licitación.
38. La segunda característica de la Carta de oferta es que, de cumplir con los demás requisitos técnicos señalados por los Documentos de Licitación, da el derecho al oferente a que la oferta sea evaluada por la entidad contratante, en función de el precio cotizado en la Carta de oferta, de conformidad con la Cláusula 34.2 (a) de los Documentos de Licitación¹⁰. Debe tenerse en cuenta que en ningún momento los oferentes aceptaron o consintieron la aplicación de normas o regulaciones distintas a aquellas indicadas en los Documentos de Licitación.
39. Así también, en ningún momento se prevé que la oferta vinculante presentada por el Consorcio pueda ser modificada antes de la adjudicación, en virtud de su modificación se encuentra expresamente prohibida (ver Numeral 24.3 de los Pliegos de Licitación, y ver Sección III.d *supra*). Esto se debe a que la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID no forma parte, directa o

(g) Propuesta Técnica de conformidad con la Cláusula 16 de las LAO; y

(h) Cualquier otro documento requerido en los DDL."

⁹ Véase ¶13 de los Antecedentes.

¹⁰ Cláusula 34.2.- "Al evaluar las Ofertas, el Contratante considerará lo siguiente:

(a) el precio cotizado de la Oferta, excluidos los montos provisionales y la reserva para imprevistos, de existir tal reserva, que se indica en el resumen de la Lista de Cantidades, pero incluídos los rubros correspondientes a trabajos por día cuyos precios por día se hubiesen obtenido competitivamente."

indirectamente, de los Documentos de Licitación, ni existe referencia expresa a la aplicación de esta cláusula.

40. Ahora bien, si bien es cierto que en el literal (p) de la Carta de oferta se manifiesta que *“entendemos que ustedes no están en la obligación de aceptar la Oferta evaluada como la más baja ni cualquier otra Oferta que reciban”*¹¹, esto no quita el carácter obligatorio de la Carta de oferta. El sentido que debe darse a este literal es que la entidad contratante no está obligada a adjudicar el contrato en el caso de que las ofertas no cumplan con los requerimientos de los Documentos de Licitación, independientemente de que exista una oferta más baja. Este no es el caso del Consorcio pues su oferta se ajustaba a todos los requerimientos del MDMQ, y además era la más baja, por lo que tiene el derecho a que se le adjudique el contrato.
41. Por otro lado, otro de los Formularios que forman parte de las ofertas, y que se hace mención expresa en la Cláusula 11.1 de los Documentos de Licitación, es el Formulario No. 13 referente a la Garantía de Mantenimiento de la Oferta. Esta garantía simplemente enfatiza el carácter obligatorio e inmodificable de las ofertas presentadas.
42. La Cláusula 19.3 de los Documentos de Licitación establece que *“todas las Ofertas que no estén acompañadas por una Garantía de Mantenimiento de la Oferta, serán rechazadas por el Contratante por incumplimiento”*¹². Es decir, esta garantía mediante la cual el oferente se obliga a no retirar su oferta es un requisito indispensable para participar en el proceso de licitación.

III.d. Prohibición de Modificar la Oferta

43. La principal consecuencia de la obligatoriedad de los formularios de la licitación, como se ha demostrado, es que la Oferta presentada por el Consorcio era inmodificable, por lo que no podía alterarse por ningún motivo antes de la adjudicación.
44. Varias cláusulas de los Documentos de Licitación enfatizan la prohibición de modificar la Oferta. Así, la Cláusula 12.1, relativa a la presentación de los formularios que constituyen las ofertas, establece que *“Los formularios deberán*

¹¹ Formulario 1, Documentos de Licitación, p. 50.

¹² Cláusula 19.3 de Documentos de Licitación.

*completarse sin realizar ningún tipo de modificaciones al texto, y no se aceptarán sustituciones*¹³.

45. En el mismo sentido, la Cláusula 27.1 de los Documentos de Licitación, la cual se encuentra en el acápite referente a la Evaluación y comparación de las Ofertas, establece que: *“No se solicitará, ofrecerá o permitirá cambios en los precios ni en la esencia de la Oferta, excepto para confirmar correcciones de errores aritméticos descubiertos por el Contratante en la evaluación de las Ofertas, de conformidad con la Cláusula 31 de las IAO”*¹⁴
46. De la cláusula transcrita se desprende que el único supuesto en que una oferta podía ser modificada es por errores aritméticos descubiertos por la entidad contratante. Sin embargo, en ningún caso estos cambios significan una modificación a la Oferta, pues estos se encuentran expresamente prohibidos.
47. Adicionalmente, de acuerdo a lo establecido en la Cláusulas 13.1¹⁵, 13.2¹⁶ y 13.3¹⁷ de las IAO de los Documentos de Licitación, se prohíbe expresamente la presentación de ofertas alternativas, así como la presentación de ofertas con plazos o soluciones técnicas alternativas. De esto se desprende con claridad la intención de la entidad contratante de mantener la oferta en las mismas condiciones de aquellas por las que se preparó y se presentó.

III.e. Precedentes Análogos

48. De acuerdo al artículo 13 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Procurador General del Estado tiene competencia para absolver *“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”*.
49. En ejercicio de esta potestad, la Procuraduría General del Estado se ha pronunciado respecto de procesos de contratación pública financiados por organismos multilaterales, y específicamente respecto la imposibilidad de

¹³ Cláusula 12.1 de Documentos de Licitación.

¹⁴ Cláusula 27.1 de Documentos de Licitación.

¹⁵ Cláusula IAO 13.1.- No se aceptarán ofertas alternativas.

¹⁶ Cláusula IAO 13.2.- No se aceptarán plazos alternativos de terminación de las obras.

¹⁷ Cláusula IAO 13.3.- No se aceptarán soluciones técnicas alternativas para ninguno de los componentes de las obras.

modificar las ofertas y los documentos precontractuales. Así, se ha manifestado que:

“Según lo previsto en el Art. 23 de la Ley 1b. (de Contratación Pública), los documentos precontractuales no pueden modificarse con posterioridad a la presentación de las propuestas; e, igualmente, presentadas las propuestas, estas son inalterables, caso contrario desaparecería la igualdad que debe existir entre todos los oferentes” (el resaltado nos pertenece).

50. De la misma manera, la Procuraduría General del Estado ha considerado que la modificación de las ofertas o de las bases de la licitación iría en contra de la igualdad de los oferentes y de la seguridad jurídica. La Procuraduría consideró que:

“(...) esta Procuraduría reitera la opinión mantenida, en el sentido de que solo deban ser considerados las propuestas que se ciñan a los documentos precontractuales y a la Ley, sin que, en el caso consultado, existen soportes legales para permitir que se modifiquen las condiciones mismas de financiamiento preestablecidas, ya que de aceptarse se entendería el principio de igualdad de trato a los oferentes, a la seguridad jurídica del proceso y el de la obligatoriedad de cumplir estrictamente las bases del concurso” (el resaltado es nuestro).

51. Consecuentemente, la Procuraduría ha sido clara en cuanto a que las ofertas y las bases de la licitación son inmodificables, incluso en contratos financiados por organismos multilaterales.

52. Si bien es cierto que la Procuraduría ha absuelto consultas posteriores en las que ha sostenido que las normas de los organismos multilaterales se aplican antes que lo establecido en la LOSNCP, a nuestro leal saber y entender, no ha absuelto una consulta específica acerca de la aplicabilidad de la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID, mientras que sí se ha pronunciado (como se ha demostrado) acerca de la improcedencia de la modificación de las ofertas en procesos licitatorios, lo que da luces acerca de que en el proceso de licitación que nos ocupa la Cláusula 2.63 es inaplicable.

¹³ OF. PGE No. 27150 de 1 de noviembre de 1995.

¹⁴ OF. PGE No. 25917 de 21 de septiembre de 1995.

III.f. Jerarquía Normativa

53. El artículo 424²⁰ y el artículo 425²¹ de la Constitución de la República (“Constitución”) prevén que la misma es el pico del ordenamiento jurídico Ecuatoriano, por lo tanto prevalece sobre cualquier otra norma. La jerarquía de la Constitución nace como una expresión del Estado de Derecho y garantiza el principio de legalidad y la seguridad jurídica.
54. Esta norma establece el orden jerárquico del ordenamiento jurídico ecuatoriano así: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.
55. Al establecer de manera expresa el orden jerárquico de las normas que conforman el ordenamiento jurídico, se permite la creación normativa ordenada, eficiente y controlada, fortaleciendo así el principio de legalidad.
56. En relación al caso que nos ocupa, cabe mencionar que las Políticas de Adquisiciones BID no son ni deben ser considerados como tratados o convenios internacionales. Dichas Políticas son consideradas como *soft law*, las cuales pueden convertirse en normas vinculantes si se hace referencia expresa a la mismas, siempre y cuando así lo permita la ley, esto es respetando el principio de jerarquía normativa.
57. Las normas aplicables a la Licitación no hacen referencia expresa a dichas Políticas, y las mismas tampoco han sido mencionadas en el Pliego de Licitación o en los Documentos de Licitación, por lo tanto no son parte integrante del ordenamiento jurídico local. De esta manera no podrán contradecir o estar jerárquicamente sobre las normas que rigen el sistema nacional de contratación pública.

²⁰ Constitución. “Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. (...)”

²¹ Constitución. “Art. 425.- El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. (...)”

58. Si bien reconocemos que el MDMQ, en aplicación al artículo 3 de la LOSNCP, en caso de que hubiera suscrito previamente el Convenio de Crédito con el BID, podría someter el proceso de licitación a las Políticas de Adquisiciones BID; lo cual convertiría a las mismas vinculantes para el Consorcio, siempre que se encuentren incorporadas dentro de los DDI. El texto parece contradecir el principio de relatividad de los negocios jurídicos, pues el Consorcio no participa de la negociación o celebración de los Convenio de Crédito o los documentos financieros, los cuales no son fuentes de obligaciones para el Consorcio. En el presente dichas políticas continúan siendo *soft law* y bajo el principio de jerarquía normativa no pueden aplicarse por sobre la LOSNCP.

III.g. Principio de Legalidad

59. El principio de legalidad es la piedra angular del Derecho Administrativo y está garantizado por la Constitución, la cual prescribe los siguiente:

"Art. 276 Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución."

60. Igualmente, la LOSNCP reconoce el principio de legalidad como un principio fundamental de la contratación pública. El artículo 4 de esta norma establece así²²:

"Art. 4 Principios.- Para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad, y participación nacional."

61. El Profesor García de Enterría concuerda con la importancia de este principio, y expone así:

"El llamado principio de legalidad es hoy, en efecto, completamente insustituible para asegurar el funcionamiento del Estado, y de todos los poderes públicos, para tasar y encuadrar sus competencias, que condicionan todas sus posibilidades de actuación, para imponerle el respeto a las libertades y derechos ciudadanos..."²³

²² Otras normas secundarias como el ERJAFE también reconocen este principio rector:

"Art. 4. PRINCIPIOS Y SISTEMAS REGULADORES.- Los órganos y entidades que comprenden la Función Ejecutiva deberán servir al interés general de la sociedad y someterán sus actuaciones a los principios de legalidad, jerarquía, tutela, cooperación y coordinación, según el caso, bajo los sistemas de descentralización y desconcentración administrativa. Las máximas autoridades de cada órgano y entidad serán responsables de la aplicación de estos principios".

²³ García de Enterría, Eduardo. *"Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas"*. Madrid: Civitas, 1999, p. 39.

62. Este principio es aplicable a todas las actuaciones de la Administración, limitando estas actuaciones a las potestades establecidas en las normas jurídicas escritas y públicas. A diferencia del ámbito privado, en el cual prima la autonomía de la voluntad, en el ámbito del derecho administrativo, la voluntad juega un papel secundario.
63. El principio de legalidad sirve como un mecanismo para controlar la arbitrariedad y es una garantía esencial para el ciudadano.²⁴
64. Bajo este principio, el MDMQ no puede solicitar, y mucho menos exigir al Consorcio, negociaciones para modificar la oferta antes de la adjudicación del contrato, puesto esto estaría en franca violación de lo dispuesto por la LOSNCP, por no haber norma expresa que lo permita en el marco jurídico aplicable al procedimiento pre-contractual.
65. Cada procedimiento tiene su marco propio, esto es aquel debe ser escrito y definido previamente. Si bien el Aviso General de Adquisiciones, hace referencia a la aplicación de las Políticas de Adquisiciones BID, las normas específicas de las Políticas debieron ser “importadas” sea por trascripción, por referencia cruzada, en general por normas expresa en los Pliegos. Aquello no sucedió, lo cual, no los hace aplicables, incluso por el principio de legalidad.
66. Bajo el principio de legalidad no cabe alterar el régimen jurídico del proceso precontractual por vía de importación de normas ex - post.

III.h. Negociación ex – ante - Contratos Consultoría

67. El artículo 3 de la LOSNCP consagra el régimen aplicable a los contratos financiados con préstamos y cooperación internacional. Esta norma establece:

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.

²⁴ Robalino Orellana, Javier. “Crisis de los Principio Generales del Derecho Administrativo: En Ecuador y en América Latina”, p.4.

68. Si bien se reconoce que el proceso de licitación se rigió por las Políticas de Adquisiciones BID en relación a los multilaterales y al prestatario, su aplicación para los oferentes está supeditada a la forma en que se realizaron los Documentos de Licitación, en armonía con la LOSNCP.

69. Dado que el MDMQ no incluyó de manera expresa la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID, la negociación previa a la adjudicación prevista en esta disposición sería una posibilidad para el MDMQ si estuviera contemplada en la LOSNCP. Sin embargo, La LOSNCP y su reglamento prevén solamente la posibilidad de negociar los términos y condiciones de una oferta ex ante con el oferente antes de la adjudicación del contrato en el caso de contratos de consultoría. Así, el artículo 41 de la LOSNCP establece que *“Los procedimientos de contratación [de consultoría] incluirán las siguientes etapas: calificación, selección, negociación y adjudicación”*. De la misma manera, el artículo 40 del Reglamento a la LOSNCP dispone que:

“Art. 40. Negociación - Con los resultados finales de la evaluación, la Comisión Técnica negociará con el oferente calificado en primer lugar los aspectos técnicos, contractuales y los ajustes de la oferta técnica y económica en comparación con lo requerido en los pliegos. De llegarse a un acuerdo, se procederá a la suscripción del acta de negociación en la que constarán los términos convenidos, la misma que deberá ser publicada en el portal.

Si en un término máximo de hasta cinco días no se llegare a un acuerdo en la negociación esta se dará por terminada y se iniciará una nueva negociación con el oferente calificado en el siguiente lugar y así sucesivamente hasta llegar a un acuerdo final de negociación o, en su defecto, declarar desierto el procedimiento, según corresponda.

Suscrita el acta de negociación, la máxima autoridad o su delegado, procederán a la adjudicación al oferente con el cual se haya llegado a un acuerdo final de negociación en los aspectos técnicos, económicos y contractuales.”

70. Esta posibilidad de negociar previamente a la adjudicación prevista para los contratos de consultoría no puede hacerse extensiva a los casos de licitación, en virtud del principio de legalidad. Por consiguiente, el MDMQ no puede requerir al Consorcio que negocie su oferta, pues los Documentos de Licitación no lo prevé, y la LOSNCP contempla esta posibilidad exclusivamente para los contratos de consultoría.

III.i. No objeción a los Pliegos por parte de los organismos multilaterales

71. Partimos del presupuesto de que el BID revisó y aprobó los pliegos y el aviso de adquisición. Esta facultad de revisión nace de las relaciones jurídicas entre el MDMQ y los financistas, lo cual no involucra ni obliga al Consorcio. Este procedimiento de revisión está estipulado en el Apéndice I de las Políticas de

Adquisición BID. Estos pliegos que no recogieron lo estipulado en la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisición BID, además, debieron ser aprobados por todos los Bancos que intervienen en el Convenio de Crédito.

72. No existieron observaciones o modificaciones a los pliegos una vez revisados y aprobados por el BID. El BID conocía o debió conocer que tanto los pliegos como las regulaciones ecuatorianas no permiten las modificación sustanciales de los pliegos durante el procedimiento precontractual y prohíben cualquier modificación una vez que el plazo para presentar las ofertas haya expirado.
73. Por lo tanto, los términos y condiciones de los pliegos son obligatorios para las partes (*Véase* sección III.q *supra* y véase Sección IV de los Pliegos de Licitación y el Formulario N° 1 de los Pliegos de Licitación). De conformidad con la sección 1.1 de las Políticas de Adquisiciones BID, los documentos de licitación son vinculantes para la entidad contratante y los oferentes:

"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."

74. De igual manera, estas políticas establecen la obligación de utilizar los Documentos Estándar de Licitación, con cambios mínimos que el Banco considere aceptable, como se colige de la cláusula 2.12:

"2.12. Los Prestatarios deben utilizar los Documentos Estándar de Licitación (DEL) apropiados, emitidos por el Banco, con los cambios mínimos que éste considere aceptables y que sean necesarios para cubrir cuestiones específicas relativas a un proyecto. Todo cambio de ese tipo se introducirá solamente por medio de las hojas de datos de la licitación, o a través de condiciones especiales del contrato, y no mediante cambios en la redacción de los DEL del Banco. En los casos en que no se hayan emitido los documentos estándar de licitación pertinentes, el Prestatario debe utilizar otras condiciones contractuales reconocidas internacionalmente y formularios de contrato aceptables para el Banco."

75. Bajo esta perspectiva, en concordancia con la cláusula antes citada, al haberse aprobado dichos documentos sin la inclusión del procedimiento fijado en la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID. Se puede inferir lo siguiente:
- i) El Banco no considera la cláusula 2.63 como de la esencia de los procedimientos precontractuales; y/o ii) El Banco renunció al derecho a exigir la

aplicación obligatoria de dicha cláusula; y/o iii) El Banco aprobó la exclusión de la mencionada cláusula.

76. Cualquiera de las tres interpretaciones o todas ellas llevan a la conclusión de que la cláusula 2.63 no es aplicable al proceso de licitación y que el Consorcio no está obligado a someterse a las negociaciones antes de la adjudicación del contrato.

III.j. Legítima Expectativa

77. El artículo 1562 del Código Civil establece el principio general de que todo contrato debe ejecutarse de buena fe. Precisamente, una de las derivaciones de este principio es la confianza legítima que implica el deber de las personas de desenvolverse coherentemente y con lealtad, para no defraudar la confianza que terceros han depositado en ellos.²⁵

78. La confianza legítima es aquella:

"(...) situación de confianza que tiene un sujeto sobre que un acto surtirá, en un caso concreto, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido siempre en idénticos casos, impera en el Derecho público administrativo y debe ser protegido lo más eficazmente posible. La confianza legítima (buena fe objetiva) es, pues, una situación jurídica digna de ser respetada, y por ello se sanciona la conducta de la Administración Pública que la vulnera."²⁶

79. El deber de confianza legítima implica el deber de las personas de desenvolverse coherentemente y con lealtad, para no defraudar la confianza que terceros han depositado en ellos.²⁷

80. El principio de la confianza legítima *"proporciona el marco de actuación de los particulares en sus relaciones con los poderes públicos administrativos se caracteriza por las notas de previsibilidad y seguridad jurídica, la Administración pública no puede modificar unilateralmente el sentido de sus decisiones de no mediar una clara y concreta justificación que lo permita."²⁸*

81. Además, en relación con este principio Mata señala que:

²⁵ Boetsch Gillet, Cristián. *"La buena fe contractual"*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011. p. 39-85, p. 68.

²⁶ Zavala Egas, Jorge. *"Iuris Ducto. Revista del Colegio de Jurisprudencia. La regla de los actos propios y su aplicación en el Derecho Administrativo ecuatoriano"*. Núm. 11. Quito: Colegio - octubre de 2007, p. 100-107.

²⁷ Boetsch Gillet Cristián. *"La buena fe contractual"*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011. p. 68

²⁸ Rodríguez Arana, Jaime. *"Ciencia Jurídica: El Principio General Del Derecho de Confianza Legítima"*. Guanajuato No. 1-4, julio de 2013, pp. 59-70, p. 67.

"(...) tiende a proteger una posición subjetiva de confianza, causada por una circunstancia con aptitud para generarla y sustentada en una actuación de buena fe de quien la invoca, siempre que su conducta se haya ajustado a estándar de prudencia y cuidado. (...)

En forma más explícita, el tema fue abordado por la Corte en la causa "Revestek" en la que se discutía la responsabilidad del Estado con motivo de la modificación de un régimen cambiario, a cuyo amparo el actor había importado acero. (...) [El tribunal consideró que el actor era titular de un derecho adquirido y que su situación puede catalogarse, al haber efectuado las operaciones de importación, como de legítima confianza en el cumplimiento por parte del Estado de las pautas cambiarias que había fijado. Y agregó que un Estado de Derecho no puede desligarse de la obligación de reparar -en la medida que el interés comunitario lo exija- los perjuicios que la alteración de una política o medida establecida haya provocado sobre los derechos adquiridos de los particulares.]

Por último, puede recordarse el pronunciamiento de la Corte en el caso "Provincia de San Luis" donde uno de sus miembros al votar expresó enfáticamente que "El orden jurídico de la Nación debe proteger la confianza suscitada por el comportamiento de otro porque la confianza resulta una condición fundamental para la vida colectiva y la paz social. Y, sin dudas, el mal es mayor cuando quien defrauda la confianza que ha producido es el Estado".²⁹

82. En virtud del principio de buena fe y del estándar de coherencia y confianza legítima, MDMQ no ajustó su conducta a este estándar por cuanto jamás se mencionó que la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisición de bienes y obras financiadas por el Banco Interamericano de Desarrollo formaría parte de la licitación, ni se hizo referencia alguna a las mismas en el pliego. De similar forma, la entidad contratante en ningún momento incluyó, en los pliegos o en los documentos precontractuales a los cuales tenían acceso los oferentes, un lenguaje similar a aquél de la Cláusula 2.63 de las mencionadas Políticas de Adquisiciones BID. Por el contrario, el Consorcio tenía la confianza legítima de que si cumplía con los términos establecidos en las Bases de Licitación, el contrato le sería adjudicado. Ello en virtud de las cláusulas 29.2 y 34.1 de dichas Bases.

83. En derecho existe una amplia discusión sobre las legítimas expectativas frente a las meras expectativas, dado que las últimas no se encuentran amparadas en el Ordenamiento Jurídico. Así, el artículo 7 numeral 6 del Código Civil establece: "*Las meras expectativas no constituyen derecho*".

84. La distinción entre ambos conceptos es que las expectativas de hecho o meras expectativas no tienen contenido jurídico y por lo tanto carecen de valor en las

²⁹ Mata, Ismael. "Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano: Actas de VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo: Los Principios en el Derecho Argentino (Su Aplicación a la Celebración de los Contratos Administrativos)". Tomo 03. Valladolid: Gesbiblio, 2008. p. 40.

relaciones jurídicas.³¹ Las legítimas expectativas o expectativas de derecho, en cambio, no llegan a constituir un derecho subjetivo pero sí se encuentran protegidas por el Ordenamiento Jurídico.³¹

85. De cierta forma, la diferencia radica en el grado de esperanza o certidumbre de que la expectativa se cumpla.³² Las expectativas de derecho tienen un mayor grado de probabilidad de cumplirse que se evidencia a través del cumplimiento de la mayor cantidad de requisitos necesarios para el surgimiento del derecho subjetivo.³³ Al respecto, se ha manifestado:

“Cuanto mayor sea el conjunto de requisitos o fases cumplidas, mayor será el desarrollo del derecho, hasta lo que podríamos denominar su existencia total, y mientras tanto, se va conformando el derecho subjetivo produciendo algunos efectos previos con carácter provisional, y conformando en esas etapas intermedias una expectativa de derecho que el Ordenamiento Jurídico ha de proteger en orden a la producción plena de sus efectos.”³⁴

86. Por ello se afirma que una expectativa legítima: *“Sería una posibilidad, más o menos segura jurídicamente, de adjudicación de un derecho subjetivo, especialmente un crédito o un derecho real.”³⁵* En cambio, *“Expectativas de hecho, meras expectativas o simples esperanzas son las posibilidades de nacimiento o de adquisición de un derecho que no cuentan con la protección legal por no haberse realizado ningún supuesto de aquellos que la ley valora para otorgar tutela a dichas posibilidades.”³⁶* De esta manera se evidencia que el titular de una mera expectativa no ha cumplido ningún requisito en la ley para adquirir el derecho subjetivo. En cambio, en el caso de las expectativas de derecho o legítimas, el titular ha desempeñado varios de los requisitos legales, pero no todos.³⁷

87. El Consorcio es titular de una expectativa legítima dado que ha realizado varios actos tendientes a la adquisición de derechos subjetivos. Esta adquisición

³⁰ Mateo Sanz, B. Jacobo, “*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario: Cuestiones sobre la expectativa del poseedor*”, No. 670, marzo - abril de 2002, p. 423 - 508.

³¹ *Ibidem*, p. 423 - 508.

³² *Ibidem*, p. 423 - 508.

³³ Alessandri R., Arturo, Manuel Somariva U., y Antonio Vodanovic H. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1998, p. 298.

³⁴ Gutiérrez Jerez, Luis Javier y Esperanza Aleaín Martínez. *Estudios de Derecho de Obligaciones*. Tomo II. Madrid: Wolters Kluwer, 2006, p. 54.

³⁵ Mateo Sanz, B. Jacobo, “*Revista Crítica de Derecho Inmobiliario: Cuestiones sobre la expectativa del poseedor*”, No. 670, marzo - abril de 2002, pp. 423 - 508.

³⁶ Alessandri R., Arturo, Manuel Somariva U., y Antonio Vodanovic H. *Tratado de Derecho Civil. Partes preliminar y general*. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1998, p. 298.

³⁷ *Ibidem*, p. 298.

solamente está pendiente hasta que el contrato sea adjudicado, pero incluso, el MDMQ ya le ha informado al Consorcio que su oferta cumple con todos los requisitos de los pliegos de licitación y es la oferta más baja. De tal manera que no estamos en presencia de una mera expectativa a la que el Ordenamiento Jurídico no brinda protección, sino a un interés que debe ser protegido.

88. De igual manera cabe mencionar, que de acuerdo a lo anterior, los otros licitantes, no hubiesen esperado ni tenían razón alguna para generar una expectativa que MDMQ podría negociar la oferta con el oferente cuyo precio es el más bajo. Es decir, no solamente se estaría incumpliendo con la legítima expectativa del Consorcio, sino también con aquella legítima expectativa de los otros oferentes, en cuanto a mantener su oferta inalterada una vez presentada.

III.k. Interpretación de Buena Fe / *Venire contra factum proprium*

89. El artículo 1562 del Código Civil establece el principio general de que todo contrato debe ejecutarse de buena fe. Este principio no es una excepción en la contratación pública pues la Administración Pública debe respetarlo en la contratación administrativa.³⁸ Además, este principio también rige los procedimientos precontractuales y sobre todo la elección del contratista.³⁹

90. La interpretación de buena fe nos ayuda a determinar el sentido y el alcance de un contrato e incluye una interpretación leal y honesta entre los contratantes de las cláusulas que han acordado.⁴⁰ Además, debe reflejar una intención y espíritu de colaboración entre las partes.⁴¹ En la interpretación de buena fe se “*deberá buscar los elementos de cooperación, lealtad y rectitud que encierra la buena fe contractual*”⁴². Este principio debe regir la interpretación de los pliegos de contratación entre el MDMQ y el Consorcio.

91. Del principio de buena fe emanan varios otros principios de obligatorio cumplimiento para los contratantes, incluyendo a la Administración Pública. Estos son, entre otros, la prohibición de contradicción con los propios actos, la confianza legítima entre las partes, y la interpretación *contra proferentem*.

³⁸ Ivanega, Miriam Mabel. “Derecho PUCP: El Procedimiento de la Licitación Pública”.. No. 66, 2011, p. 270.

³⁹ Patiño Rojas, Jorge Enrique. “Revista Principia Iuris: Presunciones en Contratación Estatal”.. No. 9, enero de 2008, p. 51.

⁴⁰ Boetsch Gillet, Cristián. “La buena fe contractual”. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 2011, p. 132.

⁴¹ *Ibidem*, p. 132.

⁴² *Ibidem*, p. 133.

92. Respecto a la prohibición de contradicción de los propios actos que se expresa mediante el aforismo *venire contra factum proprium nulli conceditur*, que implica que no se puede ir en contra de una conducta anterior de la misma persona si dicha conducta generó una expectativa legítima en otro.⁴³ En nuestro caso esto quiere decir que el MDMQ no puede realizar actos contrarios a su comportamiento previo.

93. Esta doctrina de los actos propios ha sido largamente reconocida en el derecho continental y en la legislación ecuatoriana. La Segunda Sala de la Corte Suprema de Justicia (ahora Corte Nacional de Justicia) en el fallo 28-05-1996⁴⁴ manifestó lo siguiente:

"[E]s incoherente el principio de derecho universal de recepción en todos los sistemas jurídicos, según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos «venire contra factum proprium». El sujeto que voluntariamente ha celebrado un negocio jurídico se encuentra despojado de todo poder de impugnación frente al acto o contrato que concluye y por consiguiente, carece de debida legitimación sustantiva para presentarse como opositor a la ejecución del negocio en que participó."

94. En este sentido, Jorge Zavala Egas en su artículo "La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo"⁴⁵, concluye lo siguiente: "El Estado o una empresa estatal queda vinculada a su comportamiento previo y está jurídicamente imposibilitada de alegar, en conducta contradictoria, contra la validez o eficacia jurídica de su primer acto vinculante, su derecho subjetivo queda limitado por la regla de los actos propios".

95. Además, cabe señalar lo expuesto por Cajaville Peluffo al respecto, al decir:

"El principio de derecho conforme al cual 'a nadie es lícito venir contra sus propios actos' (venire contra factum proprium non valet) ha sido objeto de copiosa consideración y fundamentación por doctrina y jurisprudencia, nacionales y comparadas, que lo consideran en general una forzosa derivación de otro gran principio general de derecho: el principio de la buena fe."

(...)

Cuando se trate de interpretar un contrato de la Administración, este principio le impedirá postular o aplicar una interpretación contradictoria con su conducta pasada, anterior o posterior a la celebración, cumplida respecto del mismo contratista en la

⁴³ Véase *intra* sección 3.3, ¶ 137-149.

⁴⁴ Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el 28 de mayo de 1996, en el caso seguido por el señor Fabián Federico Landívar Lara en contra de la señora Sandra Feicán Cisneros, publicada en el R.O. No. 24 del 12 de septiembre de 1996.

⁴⁵ Zavala Egas, Jorge, "Juris Dictio: La Regla de los Actos Propios y su Aplicación en el Derecho Administrativo", Núm. 11, Quito: Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, octubre del 2007, p. 107.

*misma relación jurídica contractual, sin que haya ocurrido un cambio en las circunstancias de hecho o de derecho relevantes en el caso; haya consistido esa conducta en uno o más actos directa o implícitamente interpretativos del contrato, o en otro comportamiento que implique inequívocamente una interpretación determinada”.*⁴⁶

96. El principio *venire contra factum proprium* se encuentra reconocido en nuestro ordenamiento jurídico y ha sido extensamente discutido por la doctrina y jurisprudencia⁴⁷. Tanto así que el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, lo reconoce expresamente.

*“ACTOS PROPIOS.- Bajo ningún concepto los administrados podrán ser perjudicados por los errores u omisiones cometidos por los organismos y entidades sometidos a este estatuto en los respectivos procedimientos administrativos, especialmente cuando dichos errores u omisiones se refieran a trámites, autorizaciones o informes que dichas entidades u organismos conocían, o debían conocer, que debían ser solicitados o llevados a cabo...”*⁴⁸

97. Mata, cita al profesor Mairal al analizar los requisitos para la aplicación del *venire contra factum proprium*, de la siguiente manera:

“En nuestro medio, tuvo una valiosa elaboración por la doctrina civilista y, en cuanto al Derecho administrativo, el instituto fue analizado por MAIRAL, quien le asignó las notas siguientes:

- a. Una conducta previa y una pretensión posterior proveniente del mismo sujeto frente a su contraparte, en el marco de la misma situación jurídica.*
- b. Que la conducta previa resulte válida y con sentido unívoco, de tal forma que origine la confianza de la contraparte.*
- c. Que la conducta previa y la pretensión ulterior sean contradictorias, sin el sustento de una norma que autorice la contradicción.”*⁴⁹

98. De los requisitos planteados por la doctrina, es claro que:

⁴⁶ Cajarville Peluffo, Juan Pablo. “Derecho Administrativo Iberoamericano: 100 autores en homenaje al postgrado de Derechos Administrativo de la Universidad Católica Andrés Bello: Cuestiones de la Contratación de la Administración sobre Igualdad de los Oferentes, Interpretación de los Contrato de la Administración y Transacción por Entidades Estatales”.. Tomo III. Caracas: Ediciones Paredes, 2007. p. 2069-2070.

⁴⁷ Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el 28 de mayo de 1996, en el caso seguido por le señor Fabián Federico Landívar Lara en contra de la señora Sandra Feicán Cisneros, publicada en el R.O. No. 24 del 12 de septiembre de 1996. “Es inconcuso el principio de derecho universal, de recepción en todos los sistemas jurídicos, según el cual nadie puede ir válidamente contra sus propios actos -venire contra factum proprium-. (...)”.

⁴⁸ Artículo 96 del Decreto Ejecutivo 2.428 referente al Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva, publicado en el R.O. No. 536 del 18 de marzo del 2008 y modificado el 18 de diciembre de 2013.

⁴⁹ Mata, Ismael. “Los Principios en el Derecho Administrativo Iberoamericano: Actas de VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo: Los Principios en el Derecho Argentino (Su Aplicación a la Celebración de los Contratos Administrativos)”. Tomo 03. Valladolid: Gesbiblio, 2008. p. 39.



- (a) existe una conducta previa y una pretensión posterior proveniente del MDMQ en la relación jurídica con el Consorcio.
 - (b) la conducta del MDMQ generó confianza en el Consorcio por cuanto de los pliegos se desprende que el único motivo por el que precio de una oferta puede modificarse es a través de la corrección de un error aritmético, de acuerdo con el punto 27.1 de los pliegos.
 - (c) Ambas conductas son contradictorias porque en principio no se podía negociar la oferta más baja y ahora se pretende que sí.
99. De esta forma se evidencia que al no establecer la regla de la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID en los pliegos, resulta contradictorio pretender considerarlas obligatorias posteriormente.
100. Otro de los principios que se deriva del principio rector de la Buena Fe, es la confianza legítima, lo cual fue analizado anteriormente, y finalmente, otro de los criterios interpretativos relacionados con la buena fe es la interpretación *contra proferentem*, recogida en el artículo 1582 del Código Civil. De acuerdo a esta norma: “*Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de explicación que haya debido darse por ella*”.
101. La interpretación *contra proferentem* constituye una protección para aquella parte que no ha podido participar en la redacción de un contrato o de los pliegos, como es el caso del Consorcio. Por este motivo, esta norma “*cobra especial relevancia en materia de contratos de adhesión, porque establece una protección adicional a la parte más débil*”. Los contratos administrativos y los pliegos precontractuales son documentos en que el administrado no participa en su elaboración, por lo que esta interpretación también es aplicable en este campo.
102. Así, si bien la interpretación *contra proferentem* es recogida en el Código Civil, también tiene aplicación a los procesos de contratación pública. Esto se debe a que, en virtud de los principios de buena fe y de transparencia (ver Sección III.k y Sección III.m *infra*) la autoridad administrativa no puede beneficiarse de las ambigüedades de los contratos o pliegos de contratación que la misma entidad ha redactado.
103. La jurisprudencia internacional se ha pronunciado sobre la aplicación de este criterio interpretativo tanto a los pliegos de contratación como a los contratos administrativos. Así, se ha manifestado que:

"Nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública se basa en los principios de la buena fe objetiva y confianza legítima como elementos interpretativos de los contratos, que se complementan con el principio de interpretación «contra proferentem» - también denominado «interpretatio contra stipulatorem»- según el cual, cuando no es posible hacer una interpretación literal de un contrato (Pliego en este caso), por causa de cláusulas ambiguas o contradictorias, la interpretación no debe beneficiar a la parte que redactó esas cláusulas, ocasionando la oscuridad"⁵⁰.

104. De la misma manera, se ha destacado que

"la incertidumbre creada por la Administración a la hora de redactar los pliegos de condiciones no puede jugar a su favor y en perjuicio del contratista, por lo que la existencia de cláusulas ambiguas, contradictorias entre sí y creadoras de indudable oscuridad sólo debe perjudicar a la Administración que las redactó, en aplicación del artículo 1288 CC [equivalente al art. 1582 de nuestro Código Civil]"⁵¹.

105. En el proceso de licitación que nos ocupa, existe ambigüedad acerca de si la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID es aplicable. Incluso, podría decirse que existe contradicción por cuanto la Cláusula 27.1 de los Documentos de Licitación dispone que no se podrán modificar las ofertas (ver Sección III.d *supra*). Por consiguiente, en aplicación de la interpretación *contra proferentem* estas ambigüedades y contradicciones deben interpretarse en contra del MDMQ, quien fue la entidad que redactó los Documentos de Licitación.

106. Es así que la falta de una referencia expresa a la Cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID solamente puede interpretarse en el sentido de que el MDMQ renunció a aplicarlas, pues el Consorcio no podría verse obligado, y por ende perjudicado, a una fase de negociación mediante la cual se busque reducir el precio de su oferta.

III.1. Certeza y Seguridad Jurídica

107. La seguridad jurídica como una garantía constitucional se refiere a la permanencia de las normas y su aplicación en el tiempo. La Constitución establece los siguientes: "Art. 82.- *El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*"⁵²

⁵⁰ Acuerdo 33/2012, de 9 de agosto de 2012, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/TribunalAdministrativo/contenido_canal_trb_home/Acuerdo_033_2012_2.pdf

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Lo resaltado es personal.



108. Este principio otorga certeza al administrado, mediante normas previas y su aplicación coherente de tal manera que éste pueda planificar y prever sus negocios. En este sentido la jurisprudencia ecuatoriana ha definido la seguridad jurídica así:

“El concepto de la seguridad jurídica alude al conjunto de condiciones necesarias para anticipar las consecuencias jurídicas de la conducta personal y de la de terceros; que propuesto como principio constitucional, significa que el orden jurídico proscriba cualquier práctica en el ejercicio del poder que conduzca a la incertidumbre, es decir, a la imposibilidad de anticipar o predecir las consecuencias jurídicas de la conducta; que no se trata de una regla susceptible de invocarse para valorar los actos de poder creadores de normas particulares, si son el resultado de facultades regladas. En efecto, si tales actos se apartan de lo ya establecido en la ley, habrá un problema de legalidad del acto en sí, sin que pueda decirse que está en juego la garantía constitucional de la seguridad jurídica, porque el conjunto de condiciones que la configuran no ha sido alterado. Distinto es el caso de los actos creadores de normas generales: las leyes, las ordenanzas, los reglamentos, pueden atentar directamente contra la seguridad jurídica en cuanto establezcan reglas de alcance general de cuya aplicación se genere la incertidumbre jurídica, lo que ocurre, por ejemplo, con las leyes retroactivas; de la existencia de normas que atenten directamente contra la seguridad jurídica y que nace la vinculación entre el debido proceso y la garantía constitucional a la seguridad jurídica, ya que esta última no es sino una regla del debido proceso aplicable al ejercicio del poder normativo”²⁵

109. De conformidad con esta garantía, el MDMQ no puede cambiar las reglas en la mitad del proceso de licitación. Los pliegos de licitación regulan el proceso precontractual y no pueden ser modificados unilateralmente y extemporáneamente por el MDMQ. Si bien la entidad contratante ha argumentado que las Políticas de Adquisiciones BID rigen el proceso de contratación, (para que éstas sean exigibles a los oferentes debieron ser incorporadas en los DDL, de forma directa o al menos en referencia cruzada) las mismas debieron incluir, expresamente, el proceso de negociación previo a la adjudicación prescrito en la cláusula 2.63 de dichas políticas.

110. El Profesor García de Enterría en su obra “Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas” explica la importancia de la seguridad jurídica como garantía constitucional: “A ella [refiriéndose a la Constitución] ha quedado

²⁵ Sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia el 11 de julio de 2002, dentro del juicio seguido por Tirso Enrique Coello, por sus propios derechos y como procurador común de Miriam, Esther, Amarilis, Angel Luis Segundo, Arturo, Julio César y Rafael Coello Carrión, en contra de William Alfredo, Euclides Neptali y Dorila Elizabeth Charria Baquerizo, publicada en la Gaceta Judicial Año CIV, Serie XVII, No. II, p. 3428.



*remitida hoy la exigencia insoslayable de estabilidad, sin la cual resulta difícil que pueda vivir y asentarse un verdadero orden social*⁵⁴

111. Es importante resaltar que la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID no estuvo incorporada en los pliegos. Además, en general las Políticas de Adquisiciones BID no fueron notificadas a los oferentes como parte de los documentos de la licitación, por lo cual, no se puede pretender su aplicación. Esto sería una violación clara del principio de certeza y seguridad jurídica que requiere normas claras y previas. Es importante resaltar que los pliegos, expresamente recogieron integralmente las Políticas de Adquisiciones BID, pero excluyeron la cláusula 2.63 o una referencia a aquella.
112. Finalmente, se debe considerar que si el MDMQ hubiese dado la opción para una negociación ex ante del contrato, entonces, es muy probable que las ofertas hubiesen sido muy diferentes, incluso mucho mayores. Lo que en última instancia perjudica al oferente con la menor oferta, pues este consideró dicha oferta como final e incluyó el presupuesto más bajo con el cual podía ejecutar los trabajos y obras establecidos en los pliegos de licitación.

III.m. Transparencia

113. La norma suprema en el Ecuador, la Constitución de la República, establece con claridad lo siguiente en relación a los principios que rigen la contratación pública: *“Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas.”*
114. El (“COOTAD”), obliga a los organismos del régimen descentralizado, tales como el MDMQ a actuar siempre bajo el principio de transparencia⁵⁵, especialmente en los procedimientos que éstos lleven a cabo. Asimismo, y a manera de ejemplo, el Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (“ERJAFE”)⁵⁶, el cual establece que la Administración

⁵⁴ García de Enterría, Eduardo. *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas*. Madrid: Civitas, 1999. p. 101.

⁵⁵ Véase Art. 382 COOTAD

⁵⁶ Véase Art. 101.4 ERJAFE.

Pública deberá actuar siempre en sus relaciones con los administrados, en estricto apego al principio de transparencia.

115. Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (“LOSNCP”) prevé como uno de los principios rectores a el principio de transparencia para la aplicación de la norma y para todos los contratos que se deriven de la misma.⁵⁷

116. En similar sentido el Reglamento a la LOSNCP prevé lo siguiente en sus considerandos:

“Que es parte esencial del Sistema la innovación de la contratación mediante procedimientos ágiles, transparentes, eficientes y tecnológicamente actualizados, que impliquen ahorro de recursos y faciliten las labores de control tanto de las Entidades Contratantes como de los proveedores de obras, bienes y servicios y de la ciudadanía en general.”

117. De las normas citadas, en concordancia con la Ley de Modernización del Estado⁵⁸, el principio de transparencia de obligatorio cumplimiento y de aplicación uniforme y transversal en el ámbito de la contratación pública y en general en la actuación de la Administración Pública.

118. Esta corriente ha sido adoptada por la doctrina internacional en varios aspectos, inclusive al tratarse de la contratación pública internacional, en palabras del profesor Kingsbury:

*“El Derecho Administrativo Global demanda por la transparencia en la contratación pública, y por mecanismos por los cuales licitantes extranjeros sin éxito puedan impugnar la adjudicación de un contrato en las cortes locales o bajo procedimientos administrativos t. 1”.*⁵⁹

119. En el caso que nos ocupa, dentro de los Documentos de la Licitación, no fueron entregados a los licitantes los documentos financieros (que había celebrado el MDMQ con las entidades crediticias). Como hemos indicado, la transparencia es necesaria e inevitable en todo proceso de contratación pública, más aún cuando se trata de un proceso de licitación pública internacional.

⁵⁷ Véase Art. 4, Art. 9.3, Art. 9.10 LOSNCP.

⁵⁸ Véase Art. 3, Ley de Modernización del Estado.

⁵⁹ Krisch, Nico y Benedict Kingsbury., “Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order?”, The European Journal of International Law: Vol. 17 no.1 EJIL, 2006; p. 8. <http://www.ejil.org/pdfs/17/1/64.pdf>

120. Dentro de los Documentos de la Licitación, los cuales comprenden la totalidad de la información que fue entregada a los oferentes dentro del proceso de contratación pública, no se encontraban ciertos documentos financieros. Dichos documentos tienen la calidad de confidenciales y privilegiados y por lo tanto no fueron divulgados a los oferentes. Bajo esta premisa, el MDMQ incurrió en una violación al Principio de Transparencia, necesario en cualquier proceso de contratación pública.
121. Bajo el principio de transparencia mencionado, los oferentes deben conocer y regirse bajo todas las obligaciones y derechos de los documentos de una licitación, esto sin duda incluye las obligaciones del MDMQ frente a sus financistas de acuerdo a los documentos financieros. Específicamente, en relación a la posibilidad de aplicar la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID, la cual no se encontraba en los Pliegos de la Licitación. De manera que los oferentes no pudieron haber conocido dichas cláusula al momento de preparar y presentar sus ofertas. En este sentido se debe revisar el principio de la relatividad de los negocios jurídicos (ver Sección III.b *supra*).

III.n. Aplicación de la Ley en el tiempo

122. Las leyes rigen desde su promulgación hasta su derogación, en el tiempo anterior a su promulgación no se encuentran vigentes.⁶⁰ El único caso de interpretación retroactiva reconocida en el ordenamiento jurídico es el caso de las leyes interpretativas.⁶¹ Si se afectan los derechos adquiridos con la aplicación de una nueva ley, estamos en presencia de una ley retroactiva.⁶²
123. Nuestro Ordenamiento Jurídico reconoce el principio de la irretroactividad de la ley en el Código Civil. Así, el artículo 7 del Código Civil establece: "*La ley no dispone sino para lo venidero: no tiene efecto retroactivo*".
124. El marco jurídico del procedimiento administrativo se define en función de las normas vigentes, públicas, escritas y notificadas a las partes. Ciertos documentos financieros fueron suscritos luego del inicio del proceso precontractual, de tal manera que no puede afectar la situación jurídica previa antes de su celebración.

⁶⁰ Figueroa Yáñez, Gonzalo. "*Curso de Derecho Civil*". Tomo I. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 167.

⁶¹ *Ibidem*, p. 168.

⁶² *Ibidem*, p. 170.

125. Incluso, en el entendido de que las Políticas fuesen aplicables, aquellas sólo lo son para el Municipio y no son vinculantes al oferente en el proceso precontractual. Además las normas específicas de estas debieron ser “importadas” sea por transcripción, por referencia cruzada, en general por norma expresa en los Pliegos. Aquello no sucedió, lo cual, no los hace aplicables, incluso por el principio de legalidad.

126. Como mencionamos arriba, antes de que la ley se promulgue, no se encuentra vigente, por lo que antes de que se celebren todos los documentos financieros, no se encontraban vigentes y por lo tanto eran inejecutables en el sistema ecuatoriano. Aquello incluso en el evento de haber sido publicitados o notificados, lo cual no sucedió.

III.o. In Dubio Pro Actione

127. El proceso de licitación es un procedimiento reglado que en última instancia se termina en una voluntad bilateral que es el contrato administrativo.

128. En palabras del Profesor García de Enterría el proceso de formación de la voluntad de la Administración es jurídicamente relevante, ya que en dichas actuaciones ejerce su poder público, *imperium*. Por lo tanto, los actos preparatorios de cualquier contrato y/o el acto de adjudicación son actos administrativos que deben seguir el procedimiento reglado en la Ley.

129. Así, uno de los principios que rige los procedimientos administrativos es el *in dubio pro actione*. Según este, “la autoridad administrativa debe interpretar las disposiciones jurídicas procedimentales de la manera más favorable para el particular, con las debidas consideraciones a la salvaguardia del interés público”⁶³ En otras palabras, el *in dubio pro actione* implica que en caso de duda, la autoridad administrativa resolverá a favor del accionante o del interesado, es decir del administrado.

130. En virtud de este principio, las ambigüedades en los Documentos de Licitación deben interpretarse a favor del Consorcio, quien no puede verse

⁶³ Pérez López, Miguel. “Responsabilidad patrimonial del estado y procedimiento administrativo”. https://archivos.2012.s3.amazonaws.com/09_13_fm_1_3_397435966_fm1_33_60.pdf?AWSAccessKeyId=1XU2D0W3KSR4KHZ90B82&Expires=1426696159&Signature=d2%2BRHW2ILZgr5dXHeXv1pM8GA%3D

perjudicado por los errores de la entidad contratante al momento de elaborar los Documentos de Licitación. Por este motivo, en caso de duda acerca de la aplicación de la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID, esta debe resolverse de manera favorable al administrado. La interpretación favorable radica en que no procede la aplicación de la cláusula 2.63 puesto que no fue incluida expresamente en los Documentos de Licitación. Por tanto, el MDMQ debe adjudicar directamente el contrato al Consorcio, por ser la oferta más baja.

III.p. Modificación ulterior de los pliegos

131. Al renegociar los términos de una oferta se podrá beneficiar o perjudicar a un determinado oferente. Por ello se afirma que *“los pliegos no pueden modificarse a riesgo de producir discriminaciones o un trato desigualitario entre los oferentes.”*⁶⁴

132. Además se ha señalado que *“como consecuencia del principio de igualdad, las modificaciones al pliego posteriores al llamado a licitación y a la adjudicación, en principio, no son válidas; deben ser interpretadas en forma restrictiva a fin de evaluar la legitimidad del procedimiento de selección y el contrato en sí mismo.”*⁶⁵

133. Como hemos venido mencionado, la cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisición del BID no puede ser incluida como parte de los pliegos de licitación. Ello sin duda generaría una situación de incertidumbre, por cuanto los oferentes no pudieron analizar su propuesta tomando en cuenta esa consideración. También puede resultar en una desventaja para el Consorcio respecto de los demás contratistas.

III.q. Obligatoriedad de los Pliegos

134. De acuerdo a lo mencionado anteriormente en relación al principio de legalidad⁶⁶ y a la jerarquía normativa⁶⁷, los pliegos de la Licitación son aquellos documentos que contienen los términos, condiciones y requisitos para la contratación pública.

⁶⁴ Ivanega, Miriam Mabel. “Derecho PUCP: El Procedimiento de la Licitación Pública”. No. 66, 2011, p. 268.

⁶⁵ Ibidem, p. 269.

⁶⁶ Véase Sección III.g *supra*.

⁶⁷ Véase Sección III.f *supra*.

135. Tanto es así que para licitaciones públicas internacionales, la parte pertinente del artículo 3 del Reglamento a la LOSNCP señala lo siguiente:

"Art. 3. (...) Salvo el caso de proveedor único, en el caso de adquisición de bienes se propenderá a realizar procesos internacionales de selección competitivos para tales adquisiciones, de conformidad con los pliegos que determine el INCOP, y aplicando los principios de equidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia y publicidad."

136. De lo anterior se desprende que las adquisiciones, incluso en procesos de licitación internacional, se deberá proceder de conformidad a los pliegos determinados por la autoridad pertinente. Es decir, los pliegos serán inamovibles y no podrán modificados unilateralmente a menos de lo establecido expresamente en la norma.

137. Por lo tanto, los pliegos de contratación son obligatorios tanto para la entidad contratante como para el oferente y solo pueden ser modificados en los tiempos y de acuerdo a la normativa vigente y lo dispuesto en los mismos pliegos.

138. Si bien la LOSNCP y su Reglamento prevén la posibilidad de modificar los pliegos a través de aclaraciones, siempre y cuando no se modifique el objeto y los presupuestos.

139. En el presente caso, el MDMQ pretende modificar el pliego e incluir una etapa de negociación (una vez que ya se presentó la oferta y calificó), lo cual no está previsto ni permitido por la ley.

III.r. Aplicación de la Cl. 2.63

140. La cláusula 2.63 de las Políticas de Adquisición BID, la cual establece la alternativa de negociar con el oferente de la oferta más baja antes de la adjudicación, no es aplicable a este caso.

141. En primer lugar, las políticas excluyen específicamente la aplicación de las mismas en las relaciones entre la entidad contratante y sus contratistas. En segundo lugar, estas políticas no fueron incorporadas en los pliegos de contratación.

142. En este sentido, el Banco Interamericano de Desarrollo, mediante Oficio No. CAN/CFC/467/2015 emitido el 18 de marzo de 2015, ratificó que: "el Banco

no es parte del proceso de selección ni del contrato que derive de él. Por lo expuesto, no existe obligación por parte del Consorcio de acoger lo dispuesto en la cláusula 2.63 y tampoco el Banco puede exigir esta aplicación.

143. En el presente caso, incluso si aceptamos que las Políticas de Adquisición BID son aplicables, no es pertinente aplicar la cláusula 2.63 ya que la oferta del Consorcio cumple con los requisitos de los Pliegos. Asimismo, se debe revisar el detalle del cálculo de presupuesto para efectos de determinar una verdadera diferencia que ocasione la aplicación de la mencionada cláusula.

144. La Sección 2.63 no puede leerse sola, de conformidad con el principio de interpretación sistemática, largamente reconocido en nuestro sistema, dicha cláusula debe leerse en conjunto con la 2.61 y 2.62.

III.s. Obligatoriedad y Vigencia de las Políticas BID

145. Por un lado, existe una mención expresa de la aplicación de las Políticas de Adquisición BID en el Aviso de Adquisiciones de 20 de noviembre de 2012⁶⁸. Este fue el único documento que hace referencia a estas políticas que fue de conocimiento previo por parte de los oferentes del proceso de licitación.

146. La cláusula 1.1 de las Políticas de Adquisiciones del BID excluye expresamente la aplicación de las mismas para los contratistas de la entidad contratante. El MDMQ no podrá ejercer los derechos que no estén previstos expresamente en los Documentos de la Licitación. Dicha cláusula menciona lo siguiente:

“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.”

147. Por lo tanto, la importación de normas de las Políticas, en especial la cláusula 2.63, por referencia del Art. 3 LOSNCP debió ser expresa, pública y escrita.

⁶⁸ Véase cláusulas 2.7 y 2.8 de las Políticas de Adquisiciones BID.

IV. Conclusiones

148. Sobre la base de lo indicado previamente, a continuación se expresan las conclusiones sobre el tema bajo análisis:
149. Los Pliegos no pueden ser modificados *ex ante* la adjudicación. Igualmente, no puede modificarse el contenido de la oferta *ex ante* la adjudicación.
150. La sección 2.63 de las Políticas de Adquisiciones BID no es aplicable al proceso, con carácter vinculante e imperativo *vis-à-vis* el Consorcio.
151. En el evento de que las Políticas de Adquisiciones BID fuesen aplicables, aquellas lo son sujetas a su propio contenido, es decir, a la relación entre el BID y el MDMQ.
152. Las relaciones entre la entidad contratante y el oferente se rige por los pliegos de la licitación, de conformidad al principio de relatividad de los negocios jurídicos, solamente dichos pliegos podrán ser Fuentes de obligaciones entre las partes de la licitación, incluso bajo el régimen especial del artículo 3 de la LOSNCP.

Quito, 23 de marzo de 2015



Javier Robalino Orellana