

JMB
José María Borja & Asociados
Estudio Jurídico

Quito, 5 de marzo de 2008

Señor Contralmirante
Galo Padilla Terán
GERENTE GENERAL DE LA FLOTA PETROLERA
ECUATORIANA, FLOPEC
Ciudad.

De mi consideración:

Yo, Rodrigo Álvarez Naranjo, con cédula de ciudadanía No. 170240765-9, en mi calidad de Procurador Común de la Asociación LPMRI-SIEC, conforme documento que consta presentado dentro de la oferta materia de la presente, oferente dentro del trámite de la Licitación No. 001-2008, convocada por FLOPEC para contratar la "Provisión, Montaje e Instalación de Tanques, Esferas y Brazos de Carga-Descarga Marino para el Proyecto Terminal Marítimo y Planta de Almacenamiento de GPL en Monteverde, Provincia de Santa Elena", y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 102 y 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 152 y siguientes de su Reglamento General, planteo ante usted, señor Gerente, la siguiente reclamación:

En la Convocatoria del referido proceso se expresa: "El procedimiento se ceñirá a las disposiciones contempladas en la LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACION PUBLICA Y REGLAMENTO DE LA LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PUBLICA ..." Es decir que las normas que rigieron el procedimiento de contratación son las contempladas en los invocados cuerpos legal y reglamentario y por esto resulta esencial acotar que el primer inciso del artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública dispone: "Estudios.- Antes de iniciar un procedimiento precontractual, ~~de acuerdo a la naturaleza de la contratación,~~ la entidad deberá contar con los estudios y diseños **completos, definitivos y actualizados**, planos y cálculos, especificaciones técnicas, **debidamente aprobados por las instancias correspondientes**, vinculados al Plan Anual de Contratación de la entidad."

JMB
José María Borja & Asociados
Estudio Jurídico

Lo dispuesto por la norma transcrita implica que las entidades contratantes deben tener claramente establecido qué se requiere contratar para satisfacer una determinada necesidad, sobre la base de estudios previamente realizados, y que todos los participantes en un determinado proceso deben ofertar la respectiva obra, bien o servicio en concordancia con lo previsto en los Pliegos. Lo contrario significaría que sean los oferentes quienes determinen lo que se va a contratar, situación que aparte de carecer de toda lógica, desde el punto de vista práctico haría que las ofertas sean dispares, disímiles y, por lo tanto, que no resulten comparables ni técnica ni económicamente.

Adicionalmente, si fuere posible ofertar lo que constituye el objeto de la contratación sin acoger las especificaciones que forman parte de los Pliegos ello implicaría que no se respeten los estudios respectivos, por lo que cabe preguntarse en qué quedaría la responsabilidad que tienen quienes efectuaron esos estudios, así como la Máxima Autoridad de la Entidad contratante, por la validez y resultados de aquéllos, en los términos del tercer inciso del referido artículo 23 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En concordancia con lo anterior y respetando los lineamientos de la Ley y su Reglamento, en la Sección 2 de los Pliegos correspondientes a la Licitación No. 001-2008, consta lo siguiente:

- Definición de PROVISIÓN INSTALACIÓN Y MONTAJE DE EQUIPOS:
"Fabricación de equipos **en base a las especificaciones técnicas descritas en los pliegos de licitación del concurso**, traslado de los materiales y/o equipos al lugar de la construcción de la planta de almacenamiento de GLP en "Monteverde", instalación y montaje de los equipos de acuerdo a normas y procedimientos que se definan, pruebas y puesta en funcionamiento de los equipos, durante la etapa de comisionamiento."
- Numerales 1.1.3. y 7.2.7. "No se aceptarán ofertas alternativas".
- Numeral 7.2.6. "No se aceptarán excepciones, condicionamientos, rubros no solicitados ni cualquier modificación a los Pliegos, ya que serán causa de rechazo de la oferta".
- Numeral 8.1.1, (Causas de Rechazo de las Ofertas), letra f), "Si no se cumplieren con los requisitos exigidos en las especificaciones generales y técnicas".

JMB
José María Borja & Asociados
Estudio Jurídico

Por su parte, en el número 1 de la Sección 8 de los Pliegos se determina:

"Análisis de requisitos mínimos: La evaluación de las ofertas se encaminará a proporcionar una información imparcial sobre si una oferta debe ser rechazada y cual (sic) de ellas es la más conveniente a los intereses nacionales y de la institución. Primero se analizará si las ofertas cumplen con los requisitos mínimos, detallados en el capítulo 7 de la Sección 2 Instrucciones a los Oferentes. **Luego se analizará si la oferta cumple o no cumple con las especificaciones técnicas descritas en la Sección 4 de los Pliegos. "Términos de Referencia" de los bienes motivo del concurso.**

Las ofertas que no cumplan con dichos requisitos serán rechazadas."

De lo anterior claramente y sin lugar a dudas se infiere que los bienes debían ser ofertados con estricto apego las especificaciones constantes en los pliegos y fue así como mi representada elaboró su propuesta.

Sin embargo, en el Oficio Circular No. GGR-AL-001-09 de 13 de febrero del presente año, con el que usted, en su calidad de Presidente de la Comisión Técnica de FLOPEC, solicita a los oferentes calificados dentro del trámite de la Licitación No. 001-2008 convalidar determinados aspectos de sus propuestas, se requiere al participante CBI CONSTRUCTORES PTY LTD que aclare los criterios y factores empleados en la determinación del diámetro y altura nominal de los Tanques Refrigerados de Butano/Propano de 18.700 TM, así como de los Tanques Refrigerados de Butano/Propano de 8.800 TM, lo que implica que el mencionado oferente propuso bienes de distintas dimensiones a las determinadas en los correspondientes pliegos y, por lo tanto, en los estudios, lo cual, como se anotó anteriormente, constituye causal de rechazo de su propuesta, de conformidad con lo establecido expresamente en la letra f) del numeral 8.1.1 de la Sección 2 y en el número 1 de la Sección 8 de los Pliegos.

Cabe manifestar que en el mismo Oficio Circular mencionado en el párrafo anterior se indica que las aclaraciones sobre el diámetro y altura nominal de los tanques son solicitadas "pese a que en el numeral 1.2 del documento E-ET-FLO049-MEC512-001; REV-O, se establece que las dimensiones son referenciales", por lo que se daría a entender que dichos parámetros no eran de acatamiento obligatorio, lo que contradice no sólo a lo establecido en varias

JMB
José María Borja & Asociados
Estudio Jurídico

partes de los propios pliegos si no también a lo dispuesto en la Ley que rigió el proceso precontractual.

Además, en el supuesto no consentido de que no era necesario sujetarse a las especificaciones de los pliegos, en estos mismos documentos debió haberse hecho constar que los oferentes que no se sometieran a lo solicitado en ellos estaban en la obligación de expresar los criterios y factores empleados para proponer dimensiones diferentes, lo cual necesariamente debía ser evaluado por quienes estuvieron encargados de analizar las propuestas, sin que esto haya ocurrido y sin que resulte procedente solicitar tales criterios y factores con posterioridad a la presentación de las propuestas, como se lo hizo.

En concordancia con lo anterior y puesto que, como resulta evidente y como es técnicamente demostrable, construir los bienes de diferentes formas acarrea costos distintos, en los Pliegos también debieron haberse previsto parámetros para calificar este particular dentro de la Metodología de Evaluación de las Ofertas, lo cual tampoco ha ocurrido, por lo que cabe preguntarse cómo y sobre qué base se procedió a analizar las respuestas proporcionadas por CBI CONSTRUCTORES PTY LTD ante las preguntas que le fueran planteadas en el Oficio Circular No. GGR-AL-001-09 en relación al no acatamiento de las especificaciones allí descritas, teniendo en cuenta que en aplicación del principio de legalidad que debe ser observado en los procesos sometidos a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, tal como es el caso y como lo dispone el artículo 4 de ese mismo cuerpo legal, dentro de un proceso de contratación únicamente es factible actuar sobre la base de lo establecido **expresa y previamente** en las nomas que rigen el procedimiento, incluidos, obviamente, los pliegos. Lo contrario significaría que se pueda proceder discrecionalmente, que es justamente lo que el Sistema Nacional de Contratación Pública vigente debe garantizar que no ocurra, tal como lo expresa el numeral 3 del artículo 9 de la Ley de la materia.

En síntesis, puesto que carece de todo sustento práctico y normativo el suponer que los oferentes pueden proponer bienes con características distintas a las determinadas en los pliegos, las ofertas de quienes así lo hicieron debieron haber sido rechazadas, sin que quepa solicitarles que justifiquen los incumplimientos en que incurrieron.

Pese a lo anterior, usted, señor Gerente General, mediante Resolución No. GGR-02-GGR de 26 de febrero de 2009, publicitada en el Portal COMPRASPUBLICAS al siguiente día, adjudicó el contrato por la totalidad de

JMB
José María Borja & Asociados
Estudio Jurídico

los cinco bienes a adquirirse a la empresa CBI CONSTRUCTORS PTY LTD., por un valor de USD. \$ 49.750.000,00 (cuarenta y nueve millones setecientos cincuenta mil dólares de los Estados Unidos de América) más I.V.A., "por ser la oferta económica más conveniente y reunir las mejores condiciones en el orden técnico, económico y legal, a favor de los intereses de FLOPEC y por consiguiente del Estado Ecuatoriano."

Sobre la Resolución antes referida debe anotarse lo siguiente:

- En el numeral 1.1.3. de la Sección 2 de los Pliegos se expresa: Adjudicación: FLOPEC podrá adjudicar en forma parcial o total a uno o varios oferentes los bienes motivo de este concurso..."
- En concordancia con lo señalado en el párrafo anterior, en la Convocatoria y en las Instrucciones a los Oferentes se señalan por separado el presupuesto referencial de los tanques, de las esferas y de los brazos, así como los plazos de entrega de cada uno de dichos bienes.
- En el número 2 de la Sección 8, METODOLOGÍA DE EVALUACIÓN, se dice: "Considerando que los proponentes **no tienen la obligación de ofertar todos los bienes constantes en los pliegos de licitación**, sino más bien **podrán optar por uno o más de aquellos**, en el caso de que se presente una oferta, que incluya dos o más equipos contenidos en los pliegos, se procederán a calificar y evaluar las ofertas por bien ofertado."
- En la misma Sección 8, se establecen parámetros diferentes a ser evaluados de acuerdo a la naturaleza del bien del que se trate.

Todo lo expuesto, refleja que existía la posibilidad de ofertar por "una parte" o "por la totalidad" de los bienes requeridos y, concomitantemente, la adjudicación podía ser total o parcial. Concepto que, necesariamente, implica que el análisis y comparación de las ofertas se los haga por separado en relación a cada uno de los bienes y que, por lo tanto, deba determinarse cuál es la oferta que representa el mejor costo de cada uno de los bienes para efectos de adjudicación. Es decir, que no cabe que haya una sola adjudicación como tal sino tantas cuantos bienes se soliciten. Distinto es que más de una de esas adjudicaciones puedan recaer sobre un mismo oferente.

Sin embargo, en la Resolución No. GGR-02-2009 lo que se hace es una adjudicación general que comprende todos los bienes requeridos, lo cual nuevamente no solo que contradice lo establecido en los Pliegos sino que carece de todo sustento, pues se están comparando (y otorgando puntajes) a ofertas que se referían sólo a una parte de los bienes con otras que comprendían a todos ellos.

Más aún, y sin perjuicio de lo anterior, en la Resolución de Adjudicación se señalan cuatro "PARÁMETROS DE EVALUACIÓN Y VALORACIÓN":

1. OFERTA ECONÓMICA
2. PARTICIPACIÓN NACIONAL
3. EXPERIENCIA DE TRABAJOS SIMILARES
4. OTROS

Mientras que en la Sección 8 de los Pliegos constaron 7:

1. OFERTA ECONÓMICA
2. PARTICIPACIÓN NACIONAL
3. EXPERIENCIA DE TRABAJOS SIMILARES
4. CAPACIDAD INDUSTRIAL
5. METODOLOGÍA Y PROCEDIMIENTOS PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DEL PROYECTO
6. CAPACIDAD FINANCIERA ESTIMADA DE CONTRATACIÓN
7. SOPORTE TÉCNICO.

Debe indicarse que en los Pliegos todos y cada uno de los siete parámetros tienen un puntaje específico y que por, el principio de legalidad antes invocado, las ofertas sólo podían ser evaluadas y valoradas con estricto apego a los parámetros constantes en los Pliegos.

En el numeral 3.3.1 de la Sección 2 de los Pliegos, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 90 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, se expresa que en la Resolución de adjudicación "... deberán especificarse los parámetros utilizados en la evaluación **que hayan permitido al adjudicatario que su oferta resulte adjudicada.**" Es decir que en la Resolución de Adjudicación debe hacerse constar la calificación efectuada, pero en la Resolución No. GGR-02-2009 lo que se indica es el "puntaje total" asignado en cada uno de los Parámetros de Evaluación y Valoración, por lo que no se ha dado a conocer un aspecto

JMB
José María Borja & Asociados

Estudio Jurídico

fundamental del proceso, incumpléndose lo ordenado en el cuarto inciso del artículo 21 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

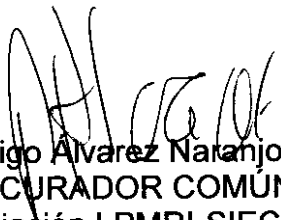
Finalmente, sobre la Resolución de Adjudicación, se destaca la confusión de conceptos respecto del criterio de adjudicación que la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y los propios Pliegos establecen, pues si, en acatamiento de lo señalado en los artículos 32 y 6, numeral 18 de dicha Ley, debía adjudicarse el contrato o los contratos a quienes hubieren presentado las ofertas que representen el mejor costo, es decir a las que alcanzaron el mayor puntaje sin importar su valor, no tiene sustento alguno que se exprese que la adjudicación realizada se fundamente en el hecho de que la oferta presentada por CBI CONSTRUCTORS PTY LTD sea "la oferta económica más conveniente y reunir las mejores condiciones en el orden técnico, económico y legal, a favor de los intereses de FLOPEC y por consiguiente del Estado Ecuatoriano.", pues con el mecanismo señalado en la Ley y en los Pliegos no necesariamente quien presente la oferta más baja desde el punto de vista económico debe ser el adjudicatario y, adicionalmente, no debe perderse de vista que en el presente caso (por las razones que ya han sido cuestionadas en este mismo reclamo) los bienes ofertados son diferentes, por lo que resulta inconsecuente enfatizar en la diferencia de costos, más aún si la oferta de la adjudicataria no cumplió con las especificaciones constantes en los Pliegos.

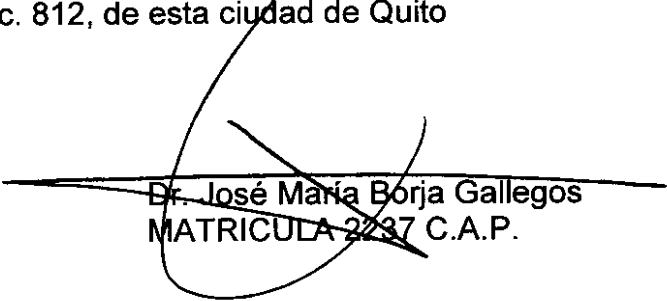
Con tales antecedentes y fundamentos, impugno los actos administrativos por los cuales se habilitó una oferta que incumplía las especificaciones técnicas descritas en la Sección 4 de los Pliegos; la evaluación y valoración efectuadas respecto de las ofertas calificadas; y, la adjudicación por usted realizada mediante la Resolución No. GGR-02-2009 de 26 de febrero de 2009, por lo que mi pretensión concreta es que se deroguen dichos actos, en los términos de la letra b) del artículo 152 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; que se inhabiliten o descalifiquen a las ofertas que no cumplieron con lo requerido en los Pliegos; que se realice una nueva evaluación y valoración de las ofertas, aplicando estrictamente los parámetros constantes en los mismos Pliegos a fin de determinar cuáles de ellas representan el mejor costo (puntaje más alto) para cada uno de los bienes a adquirirse; y, que en las nuevas adjudicaciones se especifique cómo se realizaron las referidas evaluación y valoración.

JMB
José María Borja & Asociados
Estudio Jurídico

Además, a fin de precautelar eficazmente la tutela de mis legítimos intereses y de que se respeten sin restricción alguna los principios que deben ser observados en todo trámite sometido a las disposiciones de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre ellos los de legalidad, trato justo, igualdad, transparencia y publicidad, solicito que se suspenda la ejecución de los actos impugnados, sobre la base de lo previsto en el artículo 160 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, expedido por el señor Presidente Constitucional de la República mediante Decreto No. 1248 de 8 de agosto de 2008.

Las notificaciones que me correspondan las recibiré en el casillero judicial No. 41 del Palacio de Justicia, perteneciente al Dr. José María Borja Gallegos, abogado que queda autorizada para presentar cuantos escritos creyere necesarios en defensa de los intereses de mi representada, cuyo Estudio Jurídico se encuentra ubicado en la Av. Naciones Unidas 1084 y Amazonas, Edif. La Previsora, Torre B, piso 8, Ofc. 812, de esta ciudad de Quito


Rodrigo Álvarez Naranjo
PROCURADOR COMUN
Asociación LPMRI-SIEC


Dr. José María Borja Gallegos
MATRICULA 2237 C.A.P.