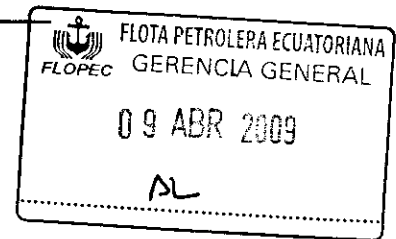


JMB
José María Borja & Asociados
Estudio Jurídico



Quito, 8 de abril de 2009

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

De mi consideración:

En conocimiento de la Resolución No. GGR-05-2009 de 1 de abril de 2009, mediante la cual, en lo principal, se decide negar el Reclamo por mi presentado en relación a la LICITACIÓN- 001-2008 y ratificar los actos y actuaciones administrativas vinculados con dicho proceso, me permito manifestarle lo siguiente:

1. Dentro de los actos administrativos impugnados en el Reclamo presentado constan aquellos por los cuales se habilitaron ofertas que incumplían con las especificaciones técnicas descritas en los pliegos.

Respecto de lo anterior en la Resolución No. GGR-05-2009 se expresa:

“EN RELACION A LA DEROGATORIA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SEÑALADOS EN EL LITERAL a), y verificada la normativa de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y su Reglamento General, se concluye que no existe norma expresa que disponga la emisión de un acto administrativo para **habilitar** las ofertas, tal como lo ha señalado el reclamante. **“Sin embargo en el numeral 1 de la “Sección 8 Metodología de Evaluación de los Pliegos”,** se indica lo siguiente:

“1.- 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 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." (lo subrayado me pertenece).

A dicho efecto, y verificado (SIC) la documentación del expediente, se establece que la Comisión Técnica de la Flota Petrolera Ecuatoriana, en sesión de 13 de Febrero del 2009 resolvió entre otras cosas: el descalificar a dos empresas que no cumplieran con los requisitos mínimos señalados en los Pliegos; notificar a las empresas que no fueron descalificadas la etapa de Convalidación y Aclaraciones, conforme lo establecen los artículos 33 y 90, respectivamente, del Reglamento a la LOSNCP (Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública); disponer a la Subcomisión de Apoyo, que una vez concluida la Convalidación y Aclaraciones, proceda a la terminación de la etapa de evaluación de las ofertas presentadas."

De lo transcrito se advierte que las ofertas que no cumplieran con los requisitos técnicos serían "rechazadas" o "descalificadas" y las que sí lo hicieran serían "no descalificadas", lo que equivale a "habilitadas", término cuya utilización se fundamenta en el hecho de que **en el número 2 del artículo 33 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública**, consta como causal de declaratoria de desierto de un determinado procedimiento precontractual el haber sido **inhabilitadas** las ofertas presentadas por incumplimiento de las condiciones o requerimientos establecidos en los Pliegos, norma de la que claramente se infiere que si una oferta no cumple con requisitos establecidos en los Documentos Precontractuales debe ser inhabilitada y, en contrario sensu, si cumple con todo, se considera habilitada.

En todo caso, en lo que tiene relación con lo medular de este tema, en la Resolución Nro. GGR-05-2009 se manifiesta: "Todos los oferentes que fueron calificados para ser evaluados cumplieron las especificaciones constantes en los términos de referencia, y tal fue así que su propia representada, el Consorcio LPMRI-SIEC, presentó una oferta que:

- "La altura cilíndrica para el tanque de 32700 m3 de capacidad criogénica es de 34 mts y no de 35,5 mts que es lo establecido como altura nominal referencial; esto sin mencionar que en el plano se observa un error al sumar las cotas de las diferentes placas que en realidad suman 34,2 mts."

JMB
José María Borja & Asociados

Estudio Jurídico

Sobre este punto se debe expresar que en ninguna parte de la oferta se indica que la altura cilíndrica es de 34 m. Los 34 m corresponden a la altura nominal, tal como consta en la hoja 432 de la oferta y se reafirma en la hoja 436. No se sabe en qué se basa la afirmación antes transcrita.

Respecto de que existe un error en la sumatoria de las cotas al obtenerse 34,2 m y no 34, en efecto se reconoce la existencia del error de forma, pero debe anotarse que de acuerdo con lo señalado en los Pliegos lo que correspondía era que FLOPEC solicitara la respectiva convalidación.

- “En este caso, no se consideró necesario pedir aclaraciones adicionales por cuanto LPMRI-SIEC no establecía los motivos por los cuales había adoptado 34 mts como altura cilíndrica, y considerando que estaba dentro de los términos referenciales se dio por aceptados (SIC) las especificaciones planteadas en la propuesta.”

Se reitera que en ninguna parte de la oferta se dice que la altura cilíndrica era de 34 m.

- “La capacidad geométrica calculada, del tanque mencionado en el inciso anterior, es de 37.711 m³ y no de 33.672 m³ como se especifica en las medidas referenciales; esto es fácilmente demostrable mediante un cálculo simple de volumen cilíndrico de 35 m de diámetro y de 34 mts de altura; es decir el volumen del cilindro ofertado no es igual al volumen referencial del cilindro solicitado.”

Por cuanto, como se anotó, en ninguna parte de la oferta se expresa que la altura cilíndrica era de 34 m, carece de sustento el cálculo realizado respecto de la capacidad geométrica.

- “La altura nominal para el tanque de 14.800m³ es de 26 mts y no de 27,5 que era lo establecido como altura nominal referencial en el numeral 1.2 del documento E-ET-FLO049-MEC-512-001. Igual sucede con su capacidad geométrica que es de 14.886 m³ inferior a la capacidad geométrica requerida como referencial.”

Existe un nuevo error en lo anterior, puesto que se dice que la altura nominal es de 26 m y no 27,5 m, mientras que en realidad es la altura cilíndrica la que es de 27,5 m de acuerdo a los Pliegos (E-ET-FLO-049-MEC-512-001). En todo caso, al igual que en el tanque de 32700 m³, la información proporcionada corresponde a medidas nominales, páginas 432 y 439 de la oferta. Por lo tanto, al partir de un error, la capacidad que se indica a continuación también está mal calculada.

JMB
José María Borja & Asociados

Estudio Jurídico

- “Las especificaciones del bien ofertado por LPMRI-SIEC no establecen cual (SIC) altura es la “altura máxima del líquido”, parámetro muy diferente por cierto a la “altura nominal referencial”, y que aparentemente no fue tomado en cuenta para presentar la propuesta.”

Puesto que en las Hojas de Datos del Proceso (E-FD-FLO049-PRO-510-001; y, E-FD-FLO049-PRO-510-002) en relación a la Altura Nominal consta la Nota 9, y en esta se indica que la Máxima Altura del líquido es de 26 m y 34 m, respectivamente, se sobrentendió que la altura máxima del líquido correspondía a dichas alturas nominales. En todo caso, una vez más se anota que FLOPEC pudo haber oportunamente solicitado aclaraciones sobre este punto de nuestra oferta si no resultaba totalmente claro.

Por todo lo anterior, se ratifica que la oferta presentada por LPMRI-SIEC se ajustó a las especificaciones que constaban en los Pliegos de la Licitación, por considerarlas de acatamiento obligatorio, tal como las normas que rigieron dicho proceso, incluidos los propios pliegos, lo determinaban.

Además, al pretender justificar el criterio de que las especificaciones constantes en los pliegos eran referenciales y no de acatamiento obligatorio, en la Resolución No. GGR-05-2009 se manifiesta:

“La contratación de este tipo de equipos, como son los tanques, esferas y brazos, son de una naturaleza tan especializada cuyos diseños finales y tecnología son competencia exclusiva del fabricante y que, por consiguiente, no pueden ser determinados de manera exacta, por el comprador; es así que parte del alcance de toda adquisición constituyen los diseños del bien a adquirir, y que serán aprobados por el comprador, en este caso FLOPEC. Un ejemplo más claro es pretender que una entidad compre equipos de bombeo, generadores o hasta vehículos de transporte y para ello deba entregar planos y diseños, esto a todas luces es improcedente.”

Señor Gerente, lo expuesto y sobre todo el ejemplo proporcionado, lo que hace es evidenciar una total falta de claridad respecto de conceptos que actualmente resultan trascendentales en la contratación pública, como es el caso del concepto de “bienes normalizados” y del concepto de “bienes no normalizados”. Si tuviera clara la diferencia que existe entre los términos indicados, probablemente no se realizaba la reflexión anotada.

JMB
José María Borja & Asociados

Estudio Jurídico

Finalmente, sobre este punto, se expresa que "... resulta contradictorio que el reclamante haya decidido participar en un proceso licitatorio **que según su propio criterio, no cumplía con las disposiciones legales desde el inicio mismo de su convocatoria**; pues, si hubiera tenido alguna duda respecto a las medidas referenciales establecidas en los pliegos, debió haber solicitado las aclaraciones durante el periodo correspondiente." (El resaltado es mío)

Respecto de lo anterior, se reitera lo que se manifestó en el Reclamo Administrativo oportunamente presentado, en el sentido de que por un sinnúmero de disposiciones de los mismos Pliegos como son la definición de PROVISIÓN INSTALACIÓN Y MONTAJE DE EQUIPOS, los numerales 1.1.3, 7.2.7, 7.2.6 y 8.1.1 de la Sección 2, y el número 1 de la Sección 8, se concluyó que las especificaciones eran de cumplimiento obligatorio, por eso **nunca** se ha cuestionado a los Pliegos y tampoco se solicitaron aclaraciones sobre ellos en este aspecto, por lo que el comentario anterior no corresponde a la realidad.

2. En cuanto al hecho de que por haberse previsto la posibilidad de presentar ofertas por todos los bienes requeridos o solo por algunos de ellos, debieron efectuarse análisis por separado y adjudicaciones individuales, en la Resolución No. GGR-05-2009 se indica:

"... efectivamente existía la posibilidad de ofertar por una parte o por la totalidad de los bienes requeridos por FLOPEC, y siendo así la evaluación de las ofertas obviamente se realizó por cada uno de los bienes ofertados..."

Adicionalmente el numeral 1.1.3 de la Sección 2 de los Pliegos, establece "FLOPEC, podrá adjudicar en forma parcial o total a uno o varios oferentes los bienes motivo de este concurso..." (lo subrayado me pertenece)

Con lo anteriormente expuesto, FLOPEC, en uso de la facultad antes mencionada, resolvió hacer una adjudicación total, partiendo de un análisis individual de las ofertas, por cada uno de los ítems objeto de la contratación..."

Señor Gerente, si el análisis de las ofertas se hizo por cada uno de los bienes a adquirirse, como así procedía, en la Resolución de Adjudicación debieron hacerse constar los cinco cuadros correspondientes a cada uno de los bienes y no uno general y, concomitantemente, la Resolución debió basarse en esos cuadros individualizados. Distinto es que todas las adjudicaciones recayeran sobre un mismo oferente, que es el caso de la adjudicación total.

JMB
José María Borja & Asociados

Estudio Jurídico

Se insiste en que carece de todo sustento la elaboración de un cuadro único, pues se está aplicando un sistema de calificación a ofertas disímiles y por lo tanto incomparables, por el simple hecho de que difieren en la cantidad y naturaleza de los bienes para los cuales concursaron.

3. Respecto del hecho de que de acuerdo con la Resolución de Adjudicación se utilizaron únicamente cuatro de los siete parámetros de Evaluación y Valoración señalados en los Pliegos, en la Resolución No. GGR-05-2009 se manifiesta:

“En relación al argumento del SR. ÁLVAREZ NARANJO (pág. 6 del Reclamo) por el cual indica que en la Resolución de Adjudicación, se hace referencia a 4 parámetros de calificación, mientras que en los Pliegos constan 7, y que se estaría atentando contra el principio de legalidad, **ya que a su criterio las ofertas sólo podían ser evaluadas con estricto apego a los parámetros constantes en los Pliegos**, una vez verificado (SIC) la documentación se concluye que la empresa estatal ha considerado todos y cada uno de los parámetros constantes en los Pliegos, ya que los siete parámetros se encuentran publicados en el portal COMPRASPUBLICAS, toda vez que dentro del parámetro “OTROS”, se encuentra expresamente detallados: CAPACIDAD INDUSTRIAL 15%, METODOLOGÍA Y PROCEDIMIENTOS PARA LA GESTIÓN INTEGRAL DEL PROYECTO 5% CAPACIDAD FINANCIERA ESTIMADA DE CONTRATACIÓN 10% y SOPORTE TÉCNICO 5%, haciendo del total del parámetro “OTROS” un 35% de la evaluación. Consecuentemente los parámetros publicados tanto en los Pliegos, como en la referida Resolución son los mismos; y por consiguiente las ofertas fueron evaluadas en estricto apego a los parámetros publicados.” (El resaltado es mío)

Se señala también: “... revisado el expediente se concluye ha sido a cabalidad, tanto en lo previsto en los Pliegos así como lo señalado en el Art. 91 del Reglamento General de la LOSNCP, ya que los parámetros constantes en la Resolución No. GGR-02-2009, son los mismos que constaban publicados en el portal COMPRAS PUBLICAS, (SIC) y son los resultados finales obtenidos en éstos parámetros de evaluación los que permitieron la adjudicación, en consecuencia no existe tal falta de información con respecto a la calificación de las ofertas.”

Sobre este punto, en primer término, resulta necesario expresar que el concepto de que las ofertas sólo pueden ser evaluadas con estricto apego a los parámetros constantes en los Pliegos se fundamenta en la aplicación del principio de legalidad que, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 4 la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, debe ser observado en todo proceso, por lo que resulta lamentable y desconcertante que se diga que tan importante concepto corresponde a un criterio mío.

JMB
José María Borja & Asociados
Estudio Jurídico

Sin perjuicio de lo anterior, también resulta llamativo que se afirme que las ofertas sí fueron evaluadas con estricto apego a los parámetros de los pliegos bajo el argumento de que en el concepto de "OTROS" se agruparon cuatro de dichos parámetros, pues debe considerarse que en los Documentos Precontractuales cada uno de los siete parámetros estaba claramente diferenciado y a cada uno se le había asignado su propio porcentaje de puntaje.

Con tan sui generis criterio empleado en la Resolución de Adjudicación, bien pudieron agruparse todos los Parámetros en uno solo y sustentar tal cambio en el hecho de que lo importante es que el porcentaje total fue del 100%.

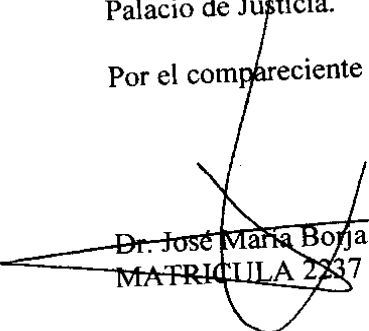
Señor Gerente si en los Pliegos constaron siete parámetros diferenciados y con porcentajes propios, tal como se anotó anteriormente, esos siete y solamente esos siete parámetros debieron ser los que se aplicaron. No existe justificativo legal ni lógico alguno para que, de acuerdo con el Acta de Adjudicación, se hayan empleado otros diferentes. Lo que se pretende justificar es un acto que, de ser aceptado, vulneraría la más elemental seguridad jurídica que debe proporcionar y garantizar un proceso de contratación pública.

Lo anterior también ratifica el hecho de que no se respetaron los principios de transparencia y publicidad señalados en el artículo 6 de la Ley, pues, en último término, se variaron los parámetros de Evaluación y Valoración sin conocimiento de los oferentes.

Con tales antecedentes y sobre la base de lo dispuesto en los artículos 153 y 154, letra a), del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública interpongo el presente Recurso Reposición respecto de la Resolución No. GGR- 05-2009 de 1 de abril de 2009.

Las notificaciones que me correspondan las seguiré recibiendo en el casillero judicial No. 41 del Palacio de Justicia.

Por el compareciente debidamente autorizado, como su abogado defensor.


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