

219

Jus
11/31
31/5/16

**SEÑORES SERVICIO NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DEL ECUADOR.-**

CARLOS VINICIO TRONCOSO GARRIDO, por los derechos que represento de la compañía Cervecería Nacional CN S.A., en mi calidad de Representante Legal Suplente, dentro del trámite de reclamo administrativo signado con el **No. SERCOP-CZ5-2016-1651-EXT**, presentado contra el proceso precontractual Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016 para "La prestación del servicio de identificación, marcación, autenticación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional", a ustedes, respetuosamente, digo y solicito:

De acuerdo al documento que se adjunta, quedan ratificadas las gestiones realizadas por el Dr. Marco Antonio Elizalde Jalil y la abogada María Ritha Guillén, en especial su comparecencia mediante escrito presentado el 26 de mayo de 2016 que contiene el reclamo administrativo.

Adicionalmente, con la finalidad de fundamentar y soportar las alegaciones realizadas por mi representada mediante reclamo administrativo presentado el jueves 26 de mayo de 2016, en ejercicio de nuestro derecho constitucional de petición consagrado en el artículo 66.23 de la Constitución, me permito hacer las siguientes puntualizaciones:

I. Sobre la falta de entrega por parte del oferente de los estados financieros, debidamente auditados, de los años 2014 y 2015 (Considerando 3 del reclamo).

Tal como se dejó anotado en el reclamo administrativo presentado el 26 de mayo de 2016, mediante Acta de Convalidación de errores del 23 de mayo del mismo año, la Comisión Técnica de Licitación solicitó al oferente que convalide o justifique que sus estados financieros de los años 2014 y 2015 se encontraban debidamente auditados (Anexo No. 1).

La fecha máxima para la convalidación de dichos errores era hasta el 30 de mayo de 2016.

Conforme consta del documento adjunto (Anexo No. 2), mediante carta del 26 de mayo de 2016, que no posee constancia ni razón de la fecha de presentación, el oferente contestó el requerimiento de convalidación realizado por la entidad contratante, no solamente reconociendo que no ha presentado el informe económico debidamente auditado del año 2015, si no que confirmando que no lo va a presentar dentro de este proceso precontractual.

9

Específicamente, dice el ofertante, bajo juramento, en la cláusula Quinta de la Escritura Pública de Ampliación y Aclaración de Compromiso de Constitución de Consorcio y Declaraciones Especiales, suscrita ante la Dra. María Gabriela Cadena Loza, Notaria Trigésima Segunda del cantón Quito, el 26 de mayo de 2016 y signada con el NO. 2016-17-01-032-PO1344 (Anexo No. 3), adjuntada a la citada carta del párrafo anterior, lo siguiente:

*“Aclaro que la frase entre paréntesis (“no auditados”) o (“unaudited”) que consta en el primer párrafo del certificado a continuación del número “2015”, se refiere exclusivamente al estado financiero de dicho año dos mil quince (20015). Aclaremos y ratificamos que los estados financieros del año dos mil catorce (2014) si están auditados, **no así los del dos mil quince (2015), ya que según la normativa aplicable de la confederación Suiza (artículos 698 y 699 del Código de Obligaciones), los estados financieros pueden ser auditados hasta el 30 de junio de cada año fiscal**”.* (El resaltado es nuestro).

Es evidente, de la citada aseveración realizada por el ofertante, bajo juramento, que no se ha presentado dentro de este proceso precontractual el informe económico, debidamente auditado, del año 2015. La no presentación de este documento constituye, al decir lo menos, un error no convalidado en dicha oferta, razón por la cual la Comisión Técnica no podrá calificar dicha oferta, peor aún adjudicarla a un ofertante que no ha presentado sus estados financieros debidamente auditados.

Pero más aun, la falta de presentación de estos estados financieros debidamente auditados constituye una clara transgresión de la normativa ecuatoriana, del principio de transparencia y de los pliegos del contrato que exigen la presentación de los informes económicos debidamente auditados del último ejercicio económico, por más que se escuden en la legislación Suiza para no hacerlo. SICPA ECUATRACE tiene la obligación de cumplir con la legislación ecuatoriana y si, por algún motivo no lo hace, su oferta deberá ser descalificada por la Comisión Técnica.

Queda claro, entonces, que la respuesta dada por el oferente a la solicitud de convalidación de la entidad contratante NO es suficiente para convalidar dicho error, puesto que, al ser un proceso precontractual en el Ecuador, la Ley aplicable es la ecuatoriana, en aplicación del principio de territorialidad de la Ley y del artículo 418 de la Ley de Compañías que, de manera expresa establece que las compañías que operen en el Ecuador se someten a la legislación ecuatoriana. Más aún, en el presente caso la respuesta dada por el oferente no convalida el error en su oferta por cuanto los Términos de Referencia y los Pliegos del Contrato son claros y categóricos al establecer que el requisito

mínimo de patrimonio sólo puede ser justificado con los estados financieros, debidamente auditados, del último período, esto es, del año 2015. Documento que, como se ha probado con la misma aseveración hecha por el oferente, bajo juramento, no se ha presentado dentro de este proceso precontractual.

Al respecto, el último párrafo del parágrafo Parámetros y Metodología de Calificación de los Términos de Referencia del proceso precontractual, establece:

*“Los documentos que justifiquen los índices financieros y el patrimonio deberán estar expresados en dólares de los Estados Unidos de América, o convertidos a esta moneda a la fecha del último ejercicio económico **y los estados financieros deberán estar debidamente auditados**”.* (El resaltado es nuestro).

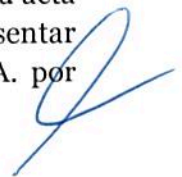
Como se puede apreciar, los términos de referencia no establecen salvedad alguna para que el patrimonio mínimo exigido de conformidad con el artículo 1 literal c) de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000082, no sea justificado con los estados financieros del último ejercicio, es decir, del año 2015, debidamente auditados.

En tal sentido, es evidente y notorio que el oferente no convalidó este error y consecuentemente no cumplió con el requisito mínimo de solvencia de patrimonio, lo que el mismo oferente reconoce de manera expresa en su comunicación del 26 de mayo de 2016 y en la correspondiente Escritura Pública de Ampliación y Aclaración de Compromiso de Constitución de Consorcio y Declaraciones Especiales, lo que implica, de conformidad con el artículo 3 de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000082, que la oferta debe ser rechazada de plano por la Comisión Técnica. El referido artículo dice:

“Art. 3.- INCUMPLIMIENTO DE LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN.- El incumplimiento por parte de los oferentes de las reglas de participación que han sido incorporadas en los pliegos conforme el artículo 1 y 2 de la presente resolución, será causal de rechazo de las ofertas.”

A lo que se suma que, de conformidad con lo establecido en los pliegos del contrato, solo las ofertas que cumplan con los requisitos mínimos podrán ser calificadas lo que, en el presente caso no ha ocurrido.

Por otro lado, el oferente también menciona en su comunicación del 26 de mayo de 2016 que, a pesar de haber sido solicitado por la Comisión Técnica en su acta de convalidación de errores de 23 de mayo de 2016, no era necesario presentar los estados financieros auditados de SICPA SECURITY SOLUTIONS S.A. por



cuanto dicha compañía era un tipo de sucursal de SICPA S.A. El oferente dice expresamente, lo siguiente:

“Cabe mencionar que para la acreditación de los índices financieros y patrimonio se considera únicamente la información financiera de SICPA SA teniendo en cuenta que es la compañía madre de SICPA Security Solutions SA y contiene su información financiera.”

Cabe resaltar que esta aseveración no se encuentra, como la anterior, en la Escritura Pública de Ampliación y Aclaración de Compromiso de Constitución de Consorcio y Declaraciones Especiales, quizás porque SICPA SECURITY SOLUTIONS S.A. SUCURSAL ECUADOR no es una sucursal de SICPA S.A. ni viceversa. SICPA SECURITY SOLUTIONS S.A. SUCURSAL ECUADOR es una sucursal de SICPA SECURITY SOLUTIONS S.A., (como consta del documento adjunto como Anexo No. 4 al presente escrito) compañía que si bien, al igual que SICPA S.A. es de nacionalidad suiza, es una persona jurídica distinta, tanto así que dichas compañías debieron formar un consorcio para poder participar en este proceso. Por este motivo, no cabe escudarse en que una de estas compañías es la “madre” de la otra, utilizando el mismo lenguaje del oferente, dado que ambas son, en el Ecuador, compañías distintas y para cumplir con la ley ecuatoriana debieron presentar los informes auditados de ambas.

En tal sentido, lo que sí queda claro que es que si la participación en el proceso precontractual es a través de un consorcio, como lo fue en el presente caso a través de SICPA ECUATRACE, de conformidad con lo establecido en el artículo 13.b.2) de la Resolución del INCOP No. 052-2011, se estaba en la obligación de presentar los estados financieros de cada una de las personas que integran el consorcio y de la suma de los patrimonios de cada una establecer si se cumplía con el patrimonio mínimo exigido de conformidad con los pliegos del proceso.

Esto no solamente que no ha ocurrido, sino que el oferente expresamente ha rechazado la posibilidad de presentar los índices financieros y patrimonio de ambos. Esto es otro error no convalidado que, como tal, debe tener como consecuencia el rechazo de la oferta por parte de la Comisión Técnica.

II. Sobre la falta de fondos suficientes para solventar el costo de ejecución del contrato y la consecuente violación al Artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública; y, 27 de su Reglamento (Considerando 5 del Reclamo).

El artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, manda:

“Art. 24.- Presupuesto.- Las entidades previamente a la convocatoria, deberán certificar la disponibilidad presupuestaria y la existencia

presente o futura de recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación.

El Reglamento establecerá las formas en que se conferirán las certificaciones o los mecanismos electrónicos para la verificación a que se refiere el inciso anterior.”

Como se puede apreciar, este artículo establece de manera categórica que, previo a iniciar cualquier tipo de proceso precontractual, la entidad contratante deberá certificar que dispone de los recursos suficientes para cubrir las obligaciones derivadas de la contratación, lo que guarda perfecta lógica en razón de que, en tratándose de Contratación Pública, las entidades que conforman el Sector Público solo pueden gastar y ejecutar lo que previamente han proyectado en sus respectivos presupuestos y planes anuales de contratación.

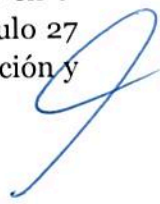
De esta manera, a efectos de iniciar el proceso precontractual, la entidad contratante deberá emitir una certificación de disponibilidad presupuestaria, la que guarda concordancia con los artículos 109 y 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

Adicionalmente, es de tener en consideración que dicha certificación presupuestaria deberá guardar armonía con el presupuesto proyectado para el año de ejecución del contrato, así como con el Plan Anual de Contratación.

Así, en el caso que nos ocupa, al momento de iniciar con el proceso precontractual Licitación **No. LCBS-SRINAC-001-2016**, **NO** se cumplió con este requisito indispensable, pues, si bien el presupuesto referencial del contrato era **USD\$ 93'504,625.48 (Sin incluir IVA)**, y el presupuesto estimado **USD\$ 105'426,839.24**, según consta de la Convocatoria del Proceso (Anexo No. 5), de los Pliegos del Proceso (Anexo No. 6) y de la Certificación Presupuestaria del Proyecto (Anexo No. 7), el detalle de la partida presupuestaria

No.
2016.135.0000.0000.01.00.000.004.000.1701.530246.000000.001.0000.000
o (con cargo a la cual se ejecutaría el proyecto), que consta del Plan Anual de Contrataciones del Servicio de Rentas Internas, refleja que el presupuesto para dicho proyecto era de apenas **USD\$ 83'486,272.75** (Anexo No. 8)

Esto implica, como resulta evidente, que el proceso precontractual de la referencia se inició sin contar con los recursos necesarios y suficientes para solventar la ejecución del contrato, en evidente violación a lo establecido en el artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, artículo 27 de su Reglamento; y, artículos 109 y 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.



Adicionalmente, vale anotar que llama la atención el hecho de que se haya emitido una certificación presupuestaria en la que se indique que sí se cuentan con los fondos suficientes, en un monto muy superior al establecido en el presupuesto de la institución y en el Plan Anual de Contrataciones para el año 2016.

Estas inconsistencias, consecuentemente, determinan que el proceso precontractual de la referencia carece en lo absoluto de validez, debiendo ser suspendido indefinidamente, por cuanto se ha iniciado incumpliendo un requisito legal indispensable, como lo es la existencia de fondos suficientes para su ejecución.

III. Sobre las particularidades del Oferente.-

Además de las inconsistencias y vicios de índole legal referidos en el reclamo administrativo presentado por mi representada, y que son motivo más que suficientes para ordenar, luego del procedimiento respectivo, la suspensión definitiva del proceso precontractual No. LCBS-SRINAC-001-2016, es necesario que esta entidad, como el Servicio de Rentas Internas y su Comisión Técnica, tengan en cuenta otras consideraciones importantes, si desean continuar con el viciado proceso de licitación y terminar con adjudicar el contrato a SICPA ECUATRACE.

En esta línea, es necesario revisar de manera minuciosa, los procesos de investigación que tiene la oferente iniciados en su contra en otros países respecto, en muchos casos, de casos análogos al ecuatoriano. Así, me permito adjuntar, como Anexo No. 9 una recopilación preliminar de varios reportajes periodísticos con labores investigativas, publicados por medios de comunicación de alta trascendencia, entre los que figuran El Espectador de Colombia, El Economista de España, y otros. Los referidos reportajes hacen referencia a posibles irregularidades suscitadas en los procesos de adjudicación de contratos a favor de SICPA, en otros países.

Todo lo anterior deberá ser analizado por la respectiva Comisión a fin de poder acreditar la idoneidad y transparencia del oferente en el presente proceso.

Por lo anteriormente expuesto, ratificamos nuestro pedido de medidas cautelares solicitado en el reclamo administrativo presentado el 26 de mayo de 2016, dado que, de conformidad con el art. 102 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, existen suficientes indicios de incumplimiento de dicha norma legal, su reglamento, la Resolución No. SERCOP-RE-2015-0000035 y los pliegos del contrato, razón por la cual solicitamos al SECOB que notifique a la máxima autoridad del Servicio de Rentas Internas la obligación de suspender el proceso precontractual No. **LCBS-SRINAC-001-2016** por el

plazo de siete días hábiles, tiempo en el cual deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes.

Luego de lo cual deberá ordenarse la suspensión definitiva del proceso precontractual por cuanto la oferta presentada por SICPA ECUATRACE incumple con los requisitos estipulados en la Ley, el reglamento y en los pliegos y términos de referencia.

IV. Documentos Anexos.-

Anexo 1.- Acta No. 4, correspondiente a la sesión celebrada el 23 de mayo de 2016 por la Comisión Técnica de la Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016.

Anexo 2.- Escrito del 26 de mayo de 2016, dirigido a la Secretaría de la Comisión Técnica del Servicio de Rentas Internas, suscrito por José Rafael Bustamante Crespo, en representación del Consorcio SICPA ECUATRACE.

Anexo 3.- Escritura Pública de Ampliación y Aclaración de Compromiso de Constitución de Consorcio y Declaraciones Especiales, suscrita ante la Dra. María Gabriela Cadena Loza, Notaria Trigésima Segunda del cantón Quito, el 26 de mayo de 2016 y signada con el NO. 2016-17-01-032-P01344.

Anexo 4.- Protocolización número 2013-17-01-32-p06909, respecto a los documentos relativos a la domiciliación de la compañía extranjera SICPA SECURITY SOLUTIONS S.A., mismos que fueron admitidos mediante resolución No. SC.IJ.DJCPTE.Q.13.486 dictada el 01 de octubre de 2013 por el Dr. Camilo Valdivieso Cueva, en su calidad de Intendente de Compañías de Quito.

Anexo 5.- Convocatoria para prestación del servicio de identificación, marcación, autenticación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional, dentro del proceso de Licitación no. LCBS-SRINAC-001-2016.

Anexo 6.- Pliegos del procedimiento de Licitación no. LCBS-SRINAC-001-2016, para la prestación del servicio de identificación, marcación, autenticación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional.

Anexo 7.- Solicitud de Disponibilidad Presupuestaria del proceso.

Anexo 8.- Plan anual de contrataciones correspondiente al año 2016 (SRI).

Anexo 9.- Compilación de 9 reportajes periodísticos publicados en medios internacionales acerca de SICPA.

Anexo 10.- Escrito de ratificación de gestiones y autorización suscrito por el señor Carlos Vinicio Troncoso, en su calidad de representante legal de Cervecería Nacional CN S.A., conjuntamente con sus abogados patrocinadores, doctor Marco Elizalde Jalil y abogada María Ritha Guillén. Este escrito está acompañado del nombramiento de representante legal,

cédula del representante legal, RUC de Cervecería Nacional y credenciales de abogados.

Finalmente, y de conformidad con lo manifestado en mi reclamo del 26 de mayo de 2016, a pesar de que no es un requisito contemplado en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública o que por la omisión de este se pueda coartar mi derecho constitucional de petición consagrado en el artículo 66.23 de la Constitución, adjunto como **Anexo No. 11** el formulario del reclamo de la referencia.

Por el peticionario, como su abogado defensor debidamente autorizado.

Es justicia,



Dr. Marco A. Elizalde Jafil
Reg. Prof. No. 12715 C.A.G