

SEÑOR MÁXIMA AUTORIDAD DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS

MARCO ANTONIO ELIZALDE JALIL, por los derechos que represento en mi calidad de **APODERADO ESPECIAL** del señor Carlos Vinicio Troncoso Garrido, representante legal suplente de la compañía **Cervecería Nacional CN S.A.**, ante usted respetuosamente comparezco y digo:

De conformidad con lo establecido en el artículo 103 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, comparezco ante usted para presentar **RECURSO DE APELACIÓN** contra la resolución de adjudicación No. NAC-DNARSGE16-00000232 del 6 de junio de 2016 dictada por el Director General del Servicio de Rentas Internas, dentro del proceso precontractual, Licitación **No. LCBS-SRINAC-001-2016** para “**La prestación del servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional**”, en los siguientes términos.

I
Generales de Ley

Mis nombres y apellidos son los que han quedado detallados en el acápite anterior. Comparezco en nombre y representación de la compañía Cervecería Nacional CN S.A., debidamente facultado conforme consta del Poder Especial otorgado a mi favor por el Representante Legal Suplente de la compañía, conforme lo acredito con la Escritura Pública de Poder Especial que adjunto a la presente.

El registro único de contribuyentes de mi representada es el 0990023549001 y su dirección domiciliaria es Km. 16 ½ Vía Daule, Ciudadela Parque Industrial Pascuales.

II
Acto o Resolución administrativa objeto del recurso

El acto administrativo objeto del presente recurso es la Resolución de Adjudicación No. NAC-DNARSGE16-00000232 del 6 de junio de 2016 dictada por el Director General del Servicio de Rentas Internas, dentro del proceso precontractual, Licitación **No. LCBS-SRINAC-001-2016** para “**La prestación del servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional**”.

Esta resolución de adjudicación es un Acto Administrativo, de conformidad con lo establecido en el artículo 6.1 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública. Como tal, de conformidad con el art. 103 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, en concordancia con el art. 173 de la Constitución, este acto administrativo es susceptible de este tipo de recurso.

RECIBIDO EN LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS
PRESENTADO HOY 09 JUN. 2016

| | | | | | |
|---------------|---------|----------|--------|----------|-------|
| RECIDIDO POR: | ...A... | HORA: | 11:30 | | |
| COD. | HOJAS | CARPETAS | SOBRES | DISK/CDS | OTROS |
| 000 | 20 | | | | |
| 001 | | | | | |
| 002 | | | | | |
| 003 | | | | | |

III Legitimación Activa

Comparezco a presentar este recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 173 de la Constitución que establece el principio de impugnabilidad de los actos administrativos, principio en virtud del cuál todo acto administrativo es impugnable tanto en sede administrativa como en sede judicial, no estableciendo restricción ni salvedad alguna que limite su ejercicio y aplicación.

Así, presento este recurso gozando de legitimación activa por expreso mandato constitucional y por tener interés directo en el proceso precontractual Licitación **No. LCBS-SRINAC-001-2016.**

En este punto es necesario destacar el interés directo que tiene mi representada en el proceso precontractual de la referencia, pues de conformidad con el artículo 103 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública este tipo de recurso puede ser propuesto por quienes tengan dicho interés directo. Vale anotar que este artículo faculta a cualquier persona que justifique tener interés directo a presentar este tipo de reclamo, a diferencia de otro tipo de recursos que pueden ser presentados contra actos administrativos dictados en procesos precontractuales, los que restringen la legitimación activa exclusivamente a oferentes, como lo es, por ejemplo, el recurso de reposición consagrado en los artículo 150 y siguientes del Reglamento a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública.

En tal sentido, el interés directo de mi representada se deriva de que dicho proceso precontractual tiene como finalidad seleccionar al **implementador** del servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional.

Así, al ser mi representada **fabricante** de uno de los bienes gravados con el impuesto a los consumos especiales que debe someterse al SIMAR, de conformidad con lo establecido en los artículos 2 y 7 de la Resolución No. NAC-DGERCGC15-00000591 que establece las normas para el Sistema de Identificación, Marcación, Autentificación y Rastreo - SIMAR-, esta tiene un evidente interés directo en el referido proceso precontractual, más aún cuando de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Resolución referida, dicho implementador tendrá acceso directo a la línea de producción, locaciones y demás información sobre el proceso de producción de mi representada, lo que supone un grave riesgo comercial y empresarial.

De esta manera, como resulta evidente, el interés y preocupación de mi representada sobre la legalidad y transparencia del proceso precontractual y sobre la transparencia e idoneidad del adjudicatario, es directo en razón de los riesgos que supone dar acceso a nuestras instalaciones y líneas de producción a un tercero no idóneo, cuestionado internacionalmente y que no ha cumplido con las exigencias mínimas para ser adjudicatario de la licitación.

Esto ratifica el interés directo de mi representada en el proceso precontractual, y nuestros cuestionamientos sobre este, razón por la que interponemos el

presente recurso, toda vez que la selección de un implementador no idóneo en un proceso en el que se han verificado una serie de irregularidades, nos ocasiona y ocasionaría un grave perjuicio.

Finalmente, el interés directo de mi representada se justifica en consideración a lo establecido en el artículo 116 de la Ley de Régimen Tributario Interno, que determina que el Servicio de Rentas Internas, mediante acto normativo, establecerá las tasas necesarias para la implementación del SIMAR, lo que implica que, si la Administración Tributaria impondrá a mi representada una tasa por la prestación de dicho servicio, tenemos interés y derecho a que dicho servicio sea de calidad, prestado por un implementador idóneo y transparente, y que la solución tecnológica ofrecida sea idónea, eficaz y eficiente tanto técnica, como económicamente.

IV Antecedentes

El artículo 87 de la Ley de Régimen Tributario Interno, faculta al Servicio de Rentas Internas para que establezca los mecanismos de control necesarios para el cabal cumplimiento y pago del impuesto a los consumos especiales.

En relación con aquello, el artículo 116 de la misma Ley, determina que el control de los bienes sujetos al impuesto a los consumos especiales, se realizará a través de mecanismos de seguimiento, rastro y trazabilidad, facultando al Servicio de Rentas internas para establecer, mediante acto normativo, las tasas necesarias para el funcionamiento de estos mecanismos.

Por tal consideración, mediante Resolución No. NAC-DGERCGC15-00000591 el Director General del Servicio de Rentas Internas dictó las normas para el Sistema de Identificación, Marcación, Autentificación y Rastreo - SIMAR- de productos sujetos al impuesto a los consumos especiales. Esta resolución, en su artículo segundo, determinó que estaban sujetos a este mecanismo de rastreo, tres productos específicos sujetos al pago del impuesto a los consumos especiales: bebidas alcohólicas, cigarrillos y cerveza.

De igual manera esta resolución estableció que el Servicio de Rentas internas administraría el SIMAR, pero que el servicio se prestaría a través de un **implementador**. Con este antecedente el 7 de abril de 2016 el Servicio de Rentas Internas realizó una convocatoria abierta dirigida a proveedores nacionales e internacionales, para participar en el Proceso Precontractual, **Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016** para “**La prestación del servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional**”, cuya finalidad era designar al **implementador** del sistema SIMAR, de conformidad con lo establecido en la citada Resolución No. NAC-DGERCGC15-00000591.

Respecto de los hechos de este proceso precontractual, podemos hacer las siguientes puntualizaciones y observaciones:

4.1. El presupuesto referencial del proceso según consta de la convocatoria del proceso y de los pliegos, era de USD\$ 93'504,625.48 con afectación a la partida presupuestaria No. 530246¹.

4.2. Por otro lado, conforme se desprende del expediente del proceso precontractual que consta del portal de compras públicas, a este proceso se invitó a participar a 1302 proveedores, entre personas naturales y jurídicas. **De estos 1302 proveedores invitados un alto porcentaje no constaban habilitados en el RUP, ni tenían dentro de su actividad principal la prestación de servicios de la naturaleza de la licitación.**

4.3. Asimismo, de conformidad con los pliegos del proceso y la convocatoria a la Licitación que constan del portal de compras públicas, la fecha máxima para la presentación de ofertas era hasta el 5 de mayo de 2016². Sin embargo, según consta del flujo del proceso de contratación que refleja el portal de compras públicas, dicho calendario habría sido modificado, siendo la nueva fecha límite de presentación de ofertas el 19 de mayo de 2016. Sobre este punto es necesario dejar constancia que, hasta el 6 de junio de 2016 no existía publicada resolución alguna que modificare el calendario del proceso precontractual, la fecha máxima de presentación de ofertas; o, los pliegos del contrato.

En tal sentido, **no fue sino hasta el 6 de junio de 2016, que apareció en el portal publicada una resolución del 19 de abril de 2016 con la que se modificaba el cronograma y fecha de presentación de ofertas**, lo que implica que no se cumplió con el procedimiento establecido para este tipo de modificaciones, como probaremos más adelante.

4.4. Sin perjuicio de todo aquello, el proceso precontractual prosiguió, siendo la única oferta presentada, sin que conste información certera de la fecha de presentación, la del consorcio SICPA ECUATRACE, cuya oferta económica fue, ahora sabemos, de USD\$ 72'666.451,80.

4.5. La comisión técnica de la licitación en el momento de revisar la oferta presentada, se percató de la existencia de ciertos errores en el contenido de la oferta, razón por la que, mediante acta del 23 de mayo de 2016 solicitó al consorcio SICPA ECUATRACE la convalidación de tres puntos específicos, haciendo constar, adicionalmente, la existencia de dos vicios inconvenientes.

En este punto es necesario destacar que uno de los puntos que la Comisión solicitó convalidar al oferente, era lo relacionado con la no presentación de los balances y estados financieros de los miembros del Consorcio por el ejercicio económico 2015 debidamente auditados, a efectos de poder verificar el cumplimiento del requisito de patrimonio mínimo exigido de conformidad con el artículo 1 literal c) de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000082, y conforme lo dispuesto en el último párrafo del parágrafo Parámetros y Metodología de Calificación de los Términos de Referencia del Proceso Precontractual.

¹ No. completo de partida presupuestaria:
2016.135.0000.0000.01.00.000.004.000.1701.530246.000000.001.0000.0000

² Punto 3.1 de los Pliegos

Para el efecto, la comisión otorgó el término máximo de 4 días para que el oferente presente la documentación necesaria para convalidar estos errores.

Así, mediante carta del 26 de mayo de 2016 el oferente presentó su contestación a la solicitud de convalidación realizada por la comisión técnica. A dicha carta el oferente adjunto una Escritura Pública de Ampliación y Aclaración de Compromiso de Constitución de Consorcio y Declaraciones Especiales. En la referida carta, así como en la escritura pública anexada, el oferente, reconociendo su incumplimiento por la falta de presentación de los balances y estados financieros del año 2015 debidamente auditados, manifestó: 1) Que no era necesario ni obligatorio presentar los estados financieros del año 2015 debidamente auditados de Sicpa S.A., por cuanto de conformidad con la legislación suiza los estados financieros pueden ser presentados hasta el mes de junio; y 2) que no era necesario presentar los estados financieros auditados de Sicpa Security Solutions S.A. por cuanto Sicpa S.A. es su compañía “madre”.

Con base en esta respuesta, la Comisión Técnica de la Licitación, mediante Acta No. 5 del 3 de junio de 2016 procedió a calificar la oferta presentada, dando por convalidados los errores que presentaba la oferta presentada.

4.6. Como consecuencia de aquello, en la misma Acta la Comisión Técnica de la Licitación recomendó que se adjudique la provisión del servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional al CONSORCIO SICPA ECUATRACE.

4.7. Con fundamento en aquello el Director General del Servicio de Rentas Internas, mediante Resolución No. NAC-DNARSGE16-00000232 del 6 de junio de 2016 resolvió adjudicar al CONSORCIO SICPA ECUATRACE la provisión del servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional, por un valor de USD\$ 72'666.451,80.

V Fundamentos de Derecho

Con los antecedentes expuestos presento recurso de apelación contra la resolución de adjudicación No. NAC-DNARSGE16-00000232 del 6 de junio de 2016, por cuanto con la misma se estarían configurando una serie de violaciones a disposiciones legales expresas y procedimientos de Ley, lo que implica un quebrantamiento al imperio de la Ley al que está sometida la Administración en razón del principio de legalidad consagrado en el artículo 226 de la Constitución.

Y es que debemos comenzar manifestando y dejando en claro que con el presente recurso no estamos cuestionando facultades discrecionales de la Administración, como lo sería preferir una oferta que cumpla con todos los requisitos mínimos exigidos frente a otras que de igual manera lo cumplan, atendiendo a cuestiones de conveniencia económica o técnica. Lo que reclamamos y ponemos en su consideración con el presente recurso es la transgresión a normas y procedimientos establecidos de manera expresa en la Ley, que debieron haber sido observados durante todo el procedimiento

precontractual, y cuya inobservancia vicia insubsanablemente el Acto Administrativo de adjudicación y causa a mi representada, que tiene un legitimo interés directo, un grave e inminente perjuicio.

En tal sentido, esta transgresión a normas y procedimientos se configura en cuatro aspectos fundamentales que derivaron en la expedición del Acto Administrativo de Adjudicación y que desarrollo a continuación:

1. El proceso precontractual se inició con un presupuesto referencial superior al contenido en la partida presupuestaria con cargo a la cuál se ejecutará el contrato.

La primera inconsistencia acusada y que supone una violación a normas expresas y consecuentemente al principio de legalidad, viene dada en razón de que el proceso precontractual de la referencia se inició con un presupuesto referencial superior al contenido en la partida presupuestaria con cargo a la cuál se ejecutará el contrato.

Este reparo, más que al Acto Administrativo de adjudicación como tal, es al mismo proceso precontractual, el que, al estar viciado desde su inicio y apertura, viciaría consecuente e inevitablemente a la resolución de adjudicación recurrida.

El artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, a la letra 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 contar con 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.

Por tal consideración es que previo a iniciar un proceso precontractual, la entidad contratante debe emitir una certificación de la que conste que posee fondos suficientes conforme su presupuesto, 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 debe concordar y guardar armonía con el presupuesto proyectado para el año de ejecución del contrato, así como con el Plan Anual de Contratación de la entidad contratante.

En el caso que nos ocupa, encontramos que al iniciar el proceso precontractual Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016, NO se obedeció y se contravino lo establecido en el artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, con lo que se incumplió con este requisito previo e indispensable para iniciar el proceso precontractual 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, de los Pliegos del Proceso y de la Certificación Presupuestaria del Proyecto que constan en el portal de compras públicas, la partida presupuestaria

No.

2016.135.0000.0000.01.00.000.004.000.1701.530246.000000.001.0000.0000 (con cargo a la cuál se ejecutaría el proyecto), refleja que el presupuesto para dicho proyecto era de apenas **USD\$ 83'486,272.75**, como consta del Plan Anual de Contrataciones del Servicio de Rentas Internas para el año 2016 publicado en el portal de compras públicas. Esto implica, como resulta evidente, que el proceso precontractual de la referencia, que derivó en la resolución de adjudicación impugnada, 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, y a los artículos 27 de su Reglamento; y, 109 y 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.

En este punto es necesario anotar que la ejecución presupuestaria por parte de una entidad contratante, así como el proceso mismo de contratación (incluida la fase precontractual) responde a una facultades y actuaciones y procedimientos reglados de la administración. Esto conlleva a que la aplicación, respeto y cumplimiento de las normas y procedimientos previstos en la legislación para este tipo de procedimientos precontractuales, deben y tienen que ser obedecidas irrestrictamente, no siendo facultativo ni discrecional de la administración su acatamiento. Nada tiene que ver que el contrato, finalmente, haya sido adjudicado con un valor menor, dado que el vicio de legalidad se verifica desde el inicio del proceso precontractual que, solo por esta razón, es nulo de pleno derecho. **¿Qué hubiera sucedido si el único oferente hubiera ofertado una valor superior al de la partida presupuestaria pero menor al valor referencial de la licitación?**

Por tal consideración, siendo el proceso precontractual un procedimiento reglado, el Servicio de Rentas Internas debió cumplir inexorablemente con lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, no pudiendo, bajo ningún concepto, haber dado apertura a un proceso precontractual sin contar con los fondos suficientes para su ejecución, lo que se configuró al establecer como presupuesto referencial del proyecto un valor muy superior al establecido en el Plan Anual de Contrataciones para el año 2016 del Servicio de Rentas Internas.

Adicionalmente, vale anotar y llama la atención que se haya emitido una certificación presupuestaria en la que se indicó que sí se contaba con los fondos suficientes para cubrir el presupuesto referencial del contrato, cuando este monto era 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 que antecede a la resolución de adjudicación impugnada, carece en lo absoluto de validez y se encuentra totalmente viciada por haber contravenido lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública y a los artículos 27 de su Reglamento; y, 109 y 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, lo que consecuentemente vicia en su totalidad a la Resolución de Adjudicación No. NAC-DNARSGE16-00000232 del 6 de junio de 2016, razón por la que este recurso debería ser aceptado y declarado con lugar, dejando sin efecto tanto la resolución de la referencia, como el mismo proceso precontractual desde su inicio, es decir, desde su resolución de apertura.

2. La fecha máxima de presentación de ofertas fue modificada sin seguir el procedimiento establecido en el artículo 22 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública

Como ya se mencionó, todas las actuaciones y procedimientos de la Administración durante un proceso precontractual, son regladas. Esto implica que la Administración deberá respetar, cumplir y acatar lo que expresamente señala la Ley o la normativa aplicable, no pudiendo obviar los procedimientos o exigencias establecidos con anterioridad. En el presente caso, como se puede apreciar de los pliegos del proceso que constan del portal de compras públicas, así como de la convocatoria al proceso, la fecha máxima para la presentación de ofertas era el 5 de mayo de 2016.

La existencia de una fecha máxima para presentar ofertas dentro de un proceso precontractual, y su debida y oportuna publicación y notificación a los interesados en el proceso, reviste una trascendental importancia pues garantiza el principio de concurrencia de ofertas, además del derecho constitucional a la igualdad. Esto en razón de que solo así se garantiza que todos los oferentes, en igualdad de condiciones, tengan la misma oportunidad y tiempo para elaborar y presentar sus ofertas.

Por tal consideración es que tanto el Reglamento a la Ley de Contratación Pública, como regulaciones específicas sobre la materia, de manera expresa señalan cuál es el procedimiento de Ley para realizar modificaciones a los Pliegos y a los cronogramas de los procesos precontractuales. En tal sentido el artículo 22 de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, manda:

“Art. 22.- Aclaraciones.- La máxima autoridad de la entidad contratante, su delegado o la comisión técnica, según el caso, por propia iniciativa o a pedido de los participantes, a través de aclaraciones podrá modificar los pliegos, siempre que no alteren el objeto del contrato y el presupuesto referencial de los mismos.

Las aclaraciones se publicarán en el Portal www.compraspublicas.gov.ec.”

Vale anotar que esta disposición es el fundamento principal bajo el cuál la Administración puede modificar el cronograma del proceso pues, al ser este parte integrante de los pliegos, su modificación no es más que una modificación

a los pliegos, razón por la cuál se la deberá realizar de la forma establecido en este artículo.

Adicionalmente es de tener en consideración que, si bien la decisión de modificar los pliegos o el cronograma del proceso es discrecional de la Administración, el procedimiento para realizarlo, así como sus límites y exigencias son reglados, razón por la que es imperativo que se cumpla con los requisitos y procedimientos establecidos en la normativa aplicable.

Así encontramos que, en adición a lo establecido en el artículo 22 del Reglamento, el artículo 2 de la Resolución No. INCOP 022-2009 que establece las normas para el Proceso de Contratación de Licitación, a la letra manda:

“Art. 2.- Cambio de Cronograma.- La máxima autoridad de la entidad contratante o su delegado, de considerarlo de manera motivada, podrá cambiar el cronograma, únicamente en las fases de preguntas, respuestas y aclaraciones. Para el efecto publicará en el portal www.compraspublicas.gov.ec la resolución motivada respectiva y procederá con el cambio requerido, previo a la fecha límite de la fase indicada.”

Como se puede apreciar, lo establecido en el artículo 2 transcrita guarda estrecha y perfecta relación con lo dispuesto por el artículo 22 del Reglamento a la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, imponiendo ambos, de manera categórica y obligatoria, que el cambio o modificación del cronograma se debe realizar a través de una resolución motivada, únicamente en la fase de preguntas, respuestas y aclaraciones, y con la exigencia especial y trascendental de que la resolución motivada que modifica el cronograma, así como la modificación como tal sea publicada en el portal de compras públicas previo a la fecha límite de la fase indicada.

En tal sentido, en el caso que nos ocupa, para que el cronograma, y en especial la fecha límite de presentación de ofertas haya podido ser modificado válidamente, la máxima autoridad del Servicio de Rentas internas o su delegado, debieron haber autorizado la modificación del plazo mediante una resolución motivada, la cual debía ser publicada en el portal de compras públicas antes del 5 de mayo de 2016.

Sin embargo, como se anotó en los antecedentes de este reclamo, esto nunca ocurrió.

Conforme se aprecia del flujo del proceso que consta en el portal de compras públicas, la fecha máxima para presentación de ofertas, así como el cronograma en general, fue modificado por la entidad contratante, constando como nueva fecha máxima para presentación de ofertas el 19 de mayo de 2016. Esto implica que, para que dicha modificación al cronograma haya sido válida y produzca el efecto de ampliar la fecha máxima para presentación de ofertas, se debía cumplir con las referidas exigencias contenidas en el artículo 22 del Reglamento y 2 de la Resolución No. INCOP 022-2009.

Y es que, como se anotó en los antecedentes de este reclamo, no fue sino hasta el 6 de junio de 2016 que la entidad contratante subió al portal de compras

públicas la supuesta resolución del 19 de abril mediante la que habrían modificado el cronograma y la fecha máxima de presentación de ofertas.

Este cambio retroactivo del sistema es gravísimo y resulta de trascendental importancia, como comprenderá, en razón de que, si bien la resolución del 19 de abril pudiese haber sido emitida en dicha fecha, lo que nunca se cumplió fue con el requisito de publicarla inmediatamente en el portal sino recién el 6 de junio de 2016, para de forma retroactiva querer tapar irregularidades de un proceso que, desde el inicio, ha estado plagado de vicios legales insubsanables.

Por decir lo menos, esto implica que NO se cumplió con el procedimiento establecido en los artículos citados, procedimiento reglado e imperativo, cuya inobservancia determina que la modificación de cronograma que se pretendió realizar carece de validez, no surtiendo efecto alguno, razón por la cuál el cronograma inicial publicado en los pliegos del contrato se mantuvo vigente, siendo extemporánea cualquier oferta presentada con posterioridad al 5 de mayo de 2016. Esto sin perjuicio de las responsabilidades administrativas, civiles y hasta penales que tendría, de comprobarse, el funcionario público que manipuló el portal de compras públicas para hacer constar, de forma retroactiva, la autorización de la ampliación del plazo y sobre los cuales ejerceremos las acciones legales pertinentes.

Y sobre este punto, debe recalcarse, que llama en sobremanera la atención el hecho que recién el 6 de junio de 2016, momento en que se publicó la resolución de adjudicación del contrato, se haya publicado también, en el portal de compras públicas, la resolución con la que se pretendió modificar los pliegos para ampliar el plazo de presentación de ofertas ¿Por qué no se lo hizo, como exige la Ley, cuando este acto fue dictado? ¿Por qué se esperó a la fecha de la adjudicación para recién en ese momento, y de forma retroactiva, alterar el cronograma previamente subido al portal y hacer parecer como si la autorización de la extensión del plazo para presentar ofertas si fue debidamente publicada en la fecha que ordena la Ley? Llama esto la atención pues parecería que extemporáneamente se pretendería justificar o convalidar una modificación de cronograma que no se realizó cumpliendo con el procedimiento exigido por la normativa aplicable, pues en el portal de compras públicas no constaba hasta antes del 6 de junio de 2016 documento alguno que justifique que los pliegos y cronograma del contrato fueron modificados, ampliando el plazo para presentación de ofertas hasta el 19 de mayo de 2016.

Esto es, por decir lo menos, una prueba de que se incumplió con la obligación de publicar en el portal, en el momento oportuno y no a posteriori como pretenden hacerlo, la ampliación del plazo de presentación de las ofertas. Como ustedes comprenderán, esto podría traer serias y graves repercusiones para el funcionario que realizó dicha extemporánea publicación pues, si su finalidad fue convalidar extemporáneamente un procedimiento precontractual viciado, con violaciones a normas jurídicas claras, podrían existir indicios de falta de transparencia en el manejo del proceso precontractual, lo que debería y será investigado por las autoridades competentes.

Por tal consideración, al haber sido publicada la resolución que modifica el cronograma del proceso, extemporáneamente, más de un mes después de la

fecha máxima en que se podía realizar, esto es el 5 de mayo de 2016, es precisamente esta fecha la que se mantuvo como fecha máxima para presentación de ofertas, de conformidad con los Pliegos y cronograma del proceso que, como se anotó, no fueron modificados en debida forma, razón por la cuál las ofertas presentadas luego de esta fecha son extemporáneas, más aún cuando el artículo 50 del Reglamento de la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública establece que la fecha límite para la presentación de ofertas será la establecida en la convocatoria del proceso.

Esto implica, consecuentemente, que la oferta presentada por el consorcio SICPA ECUATRACE fue extemporánea, debiendo ser rechazada por la entidad contratante sin ser calificada siquiera, de conformidad con lo establecido en la Ley del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento, normativa aplicable y los mismos Pliegos del Contrato, consecuencia lógica y atribuida de manera expresa por el ordenamiento jurídico, razón por la que no es discrecional ni facultativo de la Administración realizarlo, sino que es imperativo y de obligatorio cumplimiento por ser una consecuencia ineludible contemplada en el ordenamiento.

Por tales consideraciones, encontrándonos ante un procedimiento específico reglado, cuyo incumplimiento vició la modificación de cronograma que se pretendió realizar, y consecuentemente todo el procedimiento precontractual al haber calificado una oferta extemporánea, solicito así se lo declare, con el agravante que, dicha oferta extemporánea fue precisamente la que se adjudicó el proceso de licitación.

3. El oferente no convalidó errores detectados en su oferta, incumpliendo con el requisito de patrimonio mínimo exigido por los pliegos y las regulaciones de la materia.

Sin perjuicio de que, como se demostró en el punto anterior, al ser extemporánea la oferta presentada por el consorcio SICPA ECUATRACE esta oferta debió y debe ser rechazada, pasare a detallar otra serie de inconsistencias detectadas en el proceso precontractual y en la oferta presentada, las que constatan más aún transgresión a normas jurídicas imperativas, lo que determina que la resolución de adjudicación impugnada carece de validez.

Como se dejó anotado en los antecedentes de este recurso, mediante Acta de Convalidación de errores del 23 de mayo del 2016, la Comisión Técnica de la Licitación solicitó al oferente consorcio SICPA ECUATRACE que convalide o justifique que sus estados financieros de los años 2014 y 2015 se encontraban debidamente auditados. La fecha máxima para la convalidación de dichos errores era hasta el 30 de mayo de 2016.

De esta manera, mediante carta del 26 de mayo de 2016, que consta publicada en el portal de compras públicas, el oferente contestó el requerimiento de convalidación realizado por la entidad contratante, no solamente reconociendo que no ha presentado los balances y estados financieros debidamente auditados del año 2015, sino que confirmando que no lo va a presentar dentro del proceso precontractual.

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-P01344, adjuntada a la citada carta del párrafo anterior, y que consta publicada en el portal de compras públicas, lo siguiente:

*"Aclaro que la frase entre paréntesis ("no auditados") o ("unaudited") que consta en el primer párrafo del certificado a continuación del numero "2015", se refiere exclusivamente al estado financiero de dicho año dos mil quince (20015). Aclaramos 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 los estados financieros, debidamente auditados, 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 podía calificar dicha oferta, peor aún recomendar la adjudicación a un ofertante que no presentó sus estados financieros debidamente auditados, más aun cuando la falta de presentación de estos estados financieros debidamente auditados constituye una clara transgresión de la normativa ecuatoriana, del principio de transparencia y a los pliegos del contrato que exigen la presentación de los informes económicos debidamente auditados del último ejercicio económico, por más que se hayan escudado en la legislación Suiza para no hacerlo. SICPA ECUATRACE tenía y tiene la obligación de cumplir con la legislación ecuatoriana y si, por algún motivo no lo hizo, su oferta debió ser descalificada por la Comisión Técnica.

Y es que resulta evidente que la respuesta dada por el oferente a la solicitud de convalidación de la entidad contratante NO era suficiente para convalidar dicho error, puesto que, al ser un proceso precontractual en el Ecuador, la Ley aplicable es y era 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 convalidó 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 presentó dentro del 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 Américas, 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 establecían 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, insisto, el mismo oferente reconoció 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 debió ser rechazada de plano por la Comisión Técnica de la Licitación, siendo evidentemente arbitrario y antijurídico que esta haya recomendado su adjudicación y que el Director General del Servicio de Rentas internas haya procedido a adjudicarla. 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 esto se suma que, de conformidad con lo establecido en los pliegos del contrato, solo las ofertas que cumplan con los requisitos mínimos podían ser calificadas lo que, en el presente caso no ocurrió.

Por otro lado, el oferente sostuvo también 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 SICPA S.A. era la “compañía madre” de la primera. 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., 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 cabía 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 era claro que es que si la participación en el proceso precontractual fue 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 ocurrió, sino que el oferente expresamente rechazó la posibilidad de presentar los índices financieros y patrimonio de ambos integrantes del consorcio. Esto fue otro error no convalidado que, como tal, debió tener como consecuencia el rechazo de la oferta por parte de la Comisión Técnica.

Sin embargo, y a pesar de estos vicios y graves transgresiones al ordenamiento jurídico interno, la Comisión Técnica dió por convalidados los errores detectados en la oferta del consorcio SICPA ECUATRACE, a pesar de lo evidente de las transgresiones descritas. Y es que la comisión técnica, al justificar la no presentación de los estados financieros del último período, es decir, del año 2015, bajo el argumento de que la Legislación suiza permite presentar los estados financieros debidamente auditados hasta junio del año en curso, resulta antijurídico, representando una flagrante vulneración al ordenamiento jurídico y al principio de legalidad al que estaban sometidas las autoridades administrativas respectivas, pues pese a existir mandatos expresos dentro de la legislación nacional, la Comisión al calificar la oferta y recomendar su adjudicación, y el Director General al adjudicar el contrato, **desconocieron el derecho interno y se sometieron a una legislación externa, cuya existencia ni siquiera ha sido probada, sometiéndose, consecuentemente, únicamente a la palabra del oferente.**

El mandato contenido en la Resolución INCOP No. RE-2013-0000082 referente al patrimonio mínimo exigido es claro y categórico, y la forma de acreditar dicho patrimonio mínimo también es clara y categórica conforme lo establecido en los Términos de Referencia del proceso. Estas disposiciones son exigencias de ineludible cumplimiento para cualquier oferente sea nacional o internacional, pues en atención al principio de territorialidad y al imperio de la Ley, todos deben someterse a éstas pues, caso contrario, se atentaría inclusive contra una serie de principios constitucionales como la seguridad jurídica, el principio de legalidad y sobre todo el **derecho a la igualdad pues, aceptar que el consorcio SICPA ECUATRACE puede omitir el cumplimiento de disposiciones que forman parte del ordenamiento jurídico nacional, amparándose en una Ley extranjera, pone en situación de desventaja al oferente nacional quien sí debería y tendría que cumplir dichos requisitos.**

Como se puede apreciar, esto supondría favorecer la oferta extranjera de bienes y servicios, lo que esta en clara contradicción con los principios que rigen la

contratación pública ecuatoriana que precisamente busca fomentar y favorecer la oferta nacional de bienes y servicios.

Todo esto determina, en tal sentido, que existe un grave vicio en la convalidación de errores de la oferta presentada por el consorcio SICPA ECUATRACE, en la calificación de su oferta, y en su posterior Adjudicación.

Y es que si bien la calificación que se da a una oferta es en parte discrecional, la verificación de los requisitos mínimos que esta debe cumplir previo a ser calificada es reglada, así como reglada también es la adjudicación al momento de verificar el cumplimiento y respeto de los procedimientos de Ley, y de los requisitos mínimos exigidos para la procedencia de esta.

Todo esto determina la procedencia del recurso interpuesto, al ser adjudicado el contrato a un oferente cuya oferta no cumplió con todos los requisitos mínimos exigidos por la legislación nacional, y los pliegos y términos de referencia del proceso.

4. La oferta presentada poseía errores no convalidables.

Como se puede apreciar del acta de convalidación de errores publicada en el portal de compras públicas, la Comisión Técnica de la Licitación determinó que existieron dos puntos no convalidables en la oferta presentada por el Consorcio SICPA ECUATRACE.

La existencia de este tipo de errores se encuentra regulada de manera expresa en la resolución INCOP No. RE-2013-0000083 la que, en el último inciso de su artículo 7 establece de manera categórica y expresa que la existencia de este tipo de errores representa causal para el rechazo de la oferta. El Referido inciso a la letra manda:

***Artículo 7. ERRORES NO SUBSANABLES-** (...) La existencia de errores no convalidables constituirá causal para el rechazo de la oferta.*

Como se puede apreciar, la norma transcrita contiene un mandato expreso que no contempla salvedad alguna.

Por tal consideración, la mera existencia de un error de este tipo en la oferta presentada por el Consorcio SICPA ECUATRACE, era causal para el rechazo de la oferta. Sin embargo, la Comisión Técnica de la Licitación y posteriormente el Director General, hicieron caso omiso a aquel mandato imperativo, procediendo a calificar la oferta y adjudicarla con posterioridad.

Esto representa una transgresión al principio de legalidad al que estaban y están sometidas estas autoridades, pues al ser imperativo el último inciso del artículo 7 de la resolución INCOP No. RE-2013-0000083 la Administración no podía obviar su cumplimiento, estando en la obligación de rechazar la oferta pues hacerlo no pertenecía a la esfera de lo discrecional, sino que era un asunto reglado, una situación específica a la que el ordenamiento imputa un resultado determinado.

VI Petición

Por las consideraciones expuestas, y al haberse configurado una serie de transgresiones a normas y procedimientos específicos contemplados en el ordenamiento jurídico interno, de la manera más respetuosa solicito a usted se declare con lugar el recurso de apelación interpuesto, dejando, consecuentemente, sin validez alguna la resolución de adjudicación No. NAC-DNARSGE16-00000232 del 6 de junio de 2016 dictada por el Director General del Servicio de Rentas Internas, dentro del proceso precontractual, Licitación **No. LCBS-SRINAC-001-2016** para “**La prestación del servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional**”; y, adicionalmente, por haberse verificado inconsistencias y violaciones a normas jurídicas expresas desde el momento mismo en que se dio inicio al proceso precontractual, solicito que el mismo sea dejado sin efecto.

VII Pruebas

A efectos de probar esta alegación, ejerciendo el derecho constitucional a la defensa estipulado en el art. 76.7.h) que dice: “*Presentar de forma verbal o escrita las razones o argumentos de los que se crea asistida y replicar los argumentos de las otras partes; presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra*”, de la manera más respetuosa solicito que, como prueba a mi favor, se realicen las siguientes pruebas dentro del presente procedimiento administrativo:

1. Que se designe un perito informático, debidamente acreditado en el Consejo Nacional de la Judicatura, a efectos de que, a mi costa, realice un pericia informática para determinar la fecha y hora exacta en que fue publicada en el portal de compras públicas la resolución de modificación de cronograma del 19 de abril de 2016.
2. Que se oficie al SERCOP a efectos de que institución emita una certificación de la que conste la fecha y hora exacta en que fue publicada en el portal de compras públicas la resolución de modificación de cronograma del 19 de abril de 2016.
3. Que se agregue al expediente, a mi costa, fotocopias certificadas de todo el expediente del proceso precontractual, Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016 para “La prestación del servicio de identificación, marcación, autentificación, rastreo y trazabilidad fiscal (SIMAR) para bebidas alcohólicas, cerveza y cigarrillos de producción nacional”.

Asimismo, en ejercicio de mi derecho constitucional a la defensa y a ser escuchado en igualdad de condiciones conforme lo estipula el art. 76.7.c) de la Constitución, solicito que, luego de practicadas las referidas diligencias probatorias, se fije fecha y hora para que se lleve a cabo una audiencia pública en la que expondré las argumentaciones

Notificaciones y autorizaciones

Las notificaciones que me correspondan las recibiré en las direcciones de correo electrónico elizalde@legalecuador.com y rguillen@legalecuador.com; y, en la casilla judicial No. 3214 en la ciudad de Quito.

Autorizo de manera expresa a la Abogada María Ritha Guillén Fernández para que en mi nombre y representación pueda presentar cuanto escrito fuera necesario, pudiendo concurrir, inclusive, a cualquier tipo de diligencia.

Es justicia,

DR. MARCO A. ELIZALDE JALIL
Apoderado especial Cervecería Nacional CN S.A.
REG. No. 12715 CAG

