

Oficio No. 917012016OJUR001306

Trámite No. 917012016003633

Cervecería Nacional CN S. A., representada por el abogado Marco Antonio Elizalde Jalil

En atención al recurso de apelación presentado en relación a la Resolución No. NAC-DNARSGE16-000002232

DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO DE RENTAS INTERNAS.- Quito, a **20 JUN 2016**
a las 09h15. Avoco conocimiento del escrito de interposición del recurso de apelación planteado por Cervecería Nacional CN S. A., representada por el abogado Marco Antonio Elizalde Jalil, respecto de la Resolución de adjudicación No. NAC-DNARSGE16-000002232 en el procedimiento de Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016.

Tomando en consideración que:

a) El recurso de apelación en materia de contratación pública se regula en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, disponiendo su admisibilidad exclusivamente contra actos administrativos, radicando su legitimación activa en los interesados directos en el procedimiento, estableciendo los términos máximos de 3 días para plantear el recurso y de 7 días para resolverlo, y determinando su carácter no suspensivo, excepto si se supera el periodo de tiempo máximo para emitir la resolución, previa actuación del Servicio Nacional de Contratación Pública.

b) El recurrente afirma que está legitimado para formular su apelación, en atención a la segunda oración del artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, que otorga este derecho a "*Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública...*" y en virtud de que el procedimiento de contratación tiene como objetivo seleccionar al prestador del servicio de identificación, marcación, autenticación, rastreo y trazabilidad fiscal de ciertos productos, entre los que se incluye la cerveza, del que es productor.

c) El recurrente fundamenta su impugnación en 4 motivos distintos, a saber: porque el procedimiento precontractual se habría iniciado con un presupuesto referencial superior al asignado a la partida con cargo a la cual se ejecutará el contrato; porque la modificación de la fecha máxima para la presentación de ofertas habría incumplido el procedimiento establecido para el efecto en el artículo 22 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública; porque el oferente adjudicado no habría convalidado el error de su oferta relativo al patrimonio mínimo exigible; y, porque la oferta adjudicada habría incurrido en errores que no eran convalidables. En los siguientes párrafos se efectúa una síntesis de los argumentos esgrimidos por el recurrente en torno a estas alegaciones:

En relación al primer motivo esgrimido, se invocaron los artículos 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 27 de su reglamento general de aplicación y 109 y 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas. Razona que la certificación presupuestaria debe ser coherente con el presupuesto proyectado anual de ejecución contractual y con el Plan Anual de Contrataciones y que si bien la certificación presupuestaria guarda conformidad con los pliegos del procedimiento, no ocurre igual con el Plan Anual de Contrataciones, pues en este se registra un valor inferior. Por lo anterior, el recurrente concluye que se habría iniciado el procedimiento "*... sin contar con los recursos necesarios y suficientes para solventar la ejecución del contrato...*". Prosigue afirmando que este presunto vicio afecta al procedimiento administrativo como un todo y, con ello, también a la resolución

de adjudicación, siendo irrelevante que el valor adjudicado sea inferior a estos montos.

En relación al segundo, razona que la ampliación de la fecha máxima de presentación de ofertas, del 05 al 19 de mayo de 2016, implica una reforma a los pliegos que necesariamente debía publicarse en el portal de compras públicas al amparo de los artículos 22 del Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 2 de la Resolución No. INCOP 022-2009, publicación que se realizó el 6 de junio de 2016, es decir, con posterioridad al vencimiento del plazo que se intentó modificar, para concluir que dicha variación es inválida. En consecuencia, se argumenta, no varió la fecha máxima de presentación de las ofertas por lo que la oferta adjudicada habría sido presentada extemporáneamente y, por tal motivo, debió ser rechazada.

Respecto del siguiente motivo, se señala que en los pliegos se requirió, para validar el patrimonio mínimo que debían acreditar los oferentes, los estados financieros auditados del último ejercicio económico y que en la convalidación, el oferente adjudicado habría especificado que los estados financieros del año 2015 de uno de los integrantes del consorcio (a la que se califica de compañía madre) que presentó la oferta adjudicada, no estaban auditados, en atención al ordenamiento jurídico suizo. Además, se señala que no se convalidó la falta de presentación de los estados financieros auditados del último ejercicio económico del otro integrante del consorcio. Por estos motivos, se afirma, el oferente no convalidó el error identificado por la Comisión Técnica, por lo que es ilegítima su recomendación de adjudicación, incumpliendo la normativa ecuatoriana, los pliegos del procedimiento y el principio de transparencia. Finalmente, concluye que la oferta en cuestión debía rechazarse, por incumplimiento de la regla de participación relativa al patrimonio y de conformidad al artículo 3 de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000082.

Respecto del último motivo, el contratista afirma que al haberse identificado 2 errores no convalidables por la Comisión Técnica el efecto que de ello se desprendía era el deber de rechazar la oferta, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083 y que al actuar en sentido contrario se afectó el principio de legalidad.

d) La resolución de adjudicación de un procedimiento precontractual, como la impugnada, es una declaración unilateral efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales de forma directa, por lo que constituye un acto administrativo, de conformidad a la definición constante en el artículo 65 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva, e inclusive, de conformidad a lo previsto en el numeral 1 del artículo 6 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, por lo que constituye una actuación contra la que procede un recurso de apelación en un procedimiento de contratación pública.

e) La Resolución No. NAC-DNARSGE16-000002232 fue emitida el 06 de junio de 2016 y el recurso de apelación se presentó el 09 de los mismos mes y año, es decir, dentro del término de 3 días establecido para el efecto en el artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.

f) El recurrente alegó que tiene la calidad de interesado directo en el procedimiento, por ser fabricante de uno de los productos respecto de los cuales se está contratando el servicio de identificación, marcación, autenticación, rastreo y trazabilidad.

Al respecto, se debe considerar que la normativa de contratación pública no incluye una definición de interesado directo. Por lo tanto, se deben considerar normas que, si bien no se aplican directamente a este ámbito, facilitan la comprensión de la noción de interesado directo. Así, el artículo 107 del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo, define:

Concepto de interesado.- 1. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo ante la Administración Pública Central:

a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, el titular deberá demostrar tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho;

b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte; y,

c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se vuelvan parte en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

2. Las asociaciones y organizaciones debidamente constituidas, representativas de intereses gremiales, económicos o sociales, serán titulares de intereses legítimos colectivos en los términos de la ley que se los reconozca...”.

En el caso, y en virtud de esta regla, Cervecaría Nacional CN S. A. no tiene la calidad de interesado en la Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016. Al respecto, debe considerarse que el ahora impugnante no promovió el procedimiento precontractual; y, dado que la adjudicación es un acto administrativo favorable, por oposición a los de gravamen, no puede afectar sus derechos. Finalmente, el acto impugnado tampoco puede afectar los intereses de Cervecaría Nacional CN S. A., quien no participó en el procedimiento, por cuanto una adjudicación únicamente se orienta a seleccionar la mejor oferta entre las presentadas, de conformidad a las condiciones previamente establecidas por la entidad contratante. En este contexto, la calidad de productor invocada por Cervecaría Nacional CN S. A. no legitima su calificación como interesado respecto de un procedimiento administrativo de contratación en el cual no participó.

Además, se debe tomar en cuenta que el artículo 103 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública no solo exige que el impugnante tenga la calidad de interesado en el procedimiento sino que acredite un interés directo en el mismo. Aplicando esta condición adicional, y por cuanto el procedimiento precontractual tiene como fin seleccionar la mejor oferta, se obtiene que los únicos legitimados para impugnar una resolución de adjudicación o declaratoria de procedimiento desierto de una licitación, son los oferentes que hayan participado en el procedimiento precontractual.

En definitiva, el impugnante no ha justificado su legitimación en la causa para impugnar la Resolución No. NAC-DNARSGE16-000002232.

g) El razonamiento precedente impide que esta Dirección General resuelva el fondo de la impugnación. Sin embargo, sin que esto implique otorgar al impugnante la calidad de legitimado, en atención al principio de transparencia previsto en los artículos 227 de la Constitución de la República y 4 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, a continuación me permito aclarar los elementos observados:

1) Valor del presupuesto referencial. En primer lugar, en relación al monto de la contratación incluido en el Plan Anual de Contrataciones, cabe aclarar que mediante Resolución No. NAC-DNARSGE16-00000131, de 17 de marzo de 2016, el Subdirector General de Desarrollo Organizacional aprobó la tercera reforma al Plan Anual de Contrataciones del Servicio de Rentas Internas para el año 2016, incluyendo la contratación del servicio de identificación, marcación, autenticación, rastreo y trazabilidad fiscal.

Posteriormente, mediante Resolución No. NAC-DNARSGE16-00000150, de 04 de abril de 2016, la Subdirectora General de Desarrollo Organizacional aprobó la cuarta reforma al Plan Anual de Contrataciones del Servicio de Rentas Internas para el año 2016, modificando los valores de la contratación a la que se refiere la impugnación, cuyo presupuesto referencial quedó establecido en USD 93'504.625,48 y su valor estimado en USD 105'426.839,24. Por lo tanto, el Plan Anual de Contrataciones del Servicio de Rentas Internas para el año 2016 fue modificado previo al inicio del procedimiento precontractual; y, el presupuesto referencial de los pliegos, guardó conformidad con el Plan Anual de Contrataciones.

Adicionalmente, cabe señalar que las normas invocadas en el recurso, es decir, los artículos 24 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, 27 de su reglamento general de aplicación y 115 del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, establecen el deber de certificar previamente al inicio del procedimiento precontractual la disponibilidad de fondos suficientes para honrar las obligaciones derivadas de los contratos, particular que el propio impugnante reconoce fue satisfecho por el Servicio de Rentas Internas. Lo cuestionado por el recurrente, es el monto previsto en el Plan Anual de Contrataciones, cuya coherencia con la Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016 ya se estableció en el párrafo previo, y que no es materia de regulación por las normas que se señalaron en su impugnación. En relación a la certificación presupuestaria, esta fue debida y oportunamente otorgada, en cumplimiento de las normas mencionadas al inicio de este párrafo.

2) Ampliación del plazo máximo para la presentación de ofertas. Cabe señalar que en virtud de las preguntas 12, 18 y 21 formuladas por los interesados en el procedimiento, la comisión técnica respondió lo siguiente: *"En atención a la solicitud de ampliación de plazo y para garantizar una debida participación de oferentes, se realizarán las gestiones pertinentes para modificar el plazo de presentación de ofertas lo que, de efectivizarse, constará en el portal de compras públicas"* (párrafo final de la respuesta a la pregunta 12). Por este motivo, el 19 de abril de 2016, es decir, antes del vencimiento del plazo para la absolución de consultas de los interesados, establecido hasta las 12h00 del 20 de abril de 2016, la Subdirectora de Desarrollo Organizacional del Servicio de Rentas Internas emitió la Resolución No. NAC-DNARSGE16-00000171, ampliando los plazos del cronograma del procedimiento precontractual, a partir de la fecha máxima para la presentación de las ofertas.

En ejecución de esta decisión, se modificó el cronograma del procedimiento en el portal de compras públicas, medio eficaz para que los interesados conozcan del particular, por cuanto deben interactuar en este para presentar su oferta.

3) Estados financieros auditados. En relación al tercer motivo de la impugnación, cabe aclarar que las 2 compañías suizas partícipes del consorcio, SICPA S. A. y SICPA Security Solutions S. A., presentaron sus estados financieros de los años 2014 y 2015. La convalidación se refería a la verificación si dichos estados se encontraban auditados o no, de conformidad al artículo 6 de la Resolución No. INCOP RE-2013-0000083, que expresamente dispone: **"Errores de naturaleza convalidable.- Se considera error de forma o de naturaleza convalidable, lo siguiente:...** d) *Podrán ser considerados dentro de la etapa de convalidación de errores, la aclaración, ampliación o precisión requeridas respecto de una determinada condición cuando ésta se considere incompleta, poco clara o incluso contradictoria con respecto a otra información dentro de la misma oferta"*. La documentación de convalidación del oferente aclaró que únicamente los estados financieros del año 2015 no estaban auditados, por cuanto la legislación suiza permite que esta actividad se realice hasta el 30 de junio del siguiente

De los antecedentes mencionados se desprende que el oferente convalidó correctamente su oferta, pues acreditó que había presentado los últimos estados financieros auditados (2014) y respecto de los del siguiente año, explicó legítimamente las razones por las cuales todavía no habían sido auditados. Ante una oferta debidamente convalidada, la comisión técnica actuó conforme a derecho al aceptar los valores de los últimos estados financieros auditados, es decir, los del año 2014.

4) Cumplimiento de requisitos. Finalmente, en relación al presunto incumplimiento de requisitos de la oferta, el impugnante no ha considerado lo dispuesto en el artículo 12 de la resolución que él mismo invoca, esto es, de la Resolución INCOP No. RE-2013-0000083, que dispone: ***“Rechazo de la Oferta.- En el caso de que los requerimientos de convalidación notificados por la entidad contratante no fueran presentados por el oferente en el término fijado para el efecto, o presentados no resulten satisfactorios, será causa para el rechazo o descalificación de la oferta; siempre y cuando éstos comprometan un requisito o capacidad jurídica, técnica o económica establecidos como mínimos en los pliegos del proceso”*** (el énfasis me corresponde).

En el presente caso, los elementos a los que usted se refiere se relacionan a la experiencia general y específica del consultor. Los pliegos exigían una única experiencia general como requisito mínimo y otorgaba puntaje si se acreditaba al menos una experiencia adicional. El oferente acreditó válidamente sólo una experiencia, pues las demás presentadas incumplían los requisitos del pliego. Naturalmente, el efecto de este hecho es que la oferta, al cumplir el requisito mínimo exigido, no debía ser rechazada y respecto de la experiencia adicional únicamente no se podía otorgar la puntuación respectiva, como efectivamente ocurrió.

En cuanto a la experiencia específica, los pliegos exigían al menos dos experiencias para la obtención de puntaje. En el caso, el oferente presentó documentación de 4 experiencias específicas, 2 válidas y 2 que no cumplían los requisitos establecidos en los pliegos. La consecuencia de esta situación, es que la oferta no incumplió un requisito mínimo y además estaba habilitada para obtener la puntuación respectiva.

En definitiva, los errores identificados en la oferta, al no comprometer requisitos mínimos, únicamente podían afectar a su evaluación por puntaje, por lo que habría sido antijurídico rechazarla.

h) Finalmente, adjunto una copia simple del Oficio No. SERCOP-DG-2016-0369-OF, de 31 de mayo de 2016, por el cual el Director General Subrogante del Servicio Nacional de Contratación Pública, en relación al procedimiento de Licitación No. LCBS-SRINAC-001-2016, afirmó: *“... que el presente proceso de contratación fue realizado dentro del marco normativo en materia de contratación pública, cumpliendo con los principios establecidos en ella...”*.

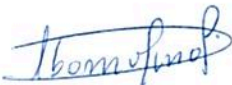
En atención a las consideraciones previas, se dispone:

1. Inadmitir a trámite el recurso de apelación planteado por Cervecería Nacional CN S. A., representada por el abogado Marco Antonio Elizalde Jalil, respecto de la Resolución de adjudicación No. NAC-DNARSGE16-000002232, por falta de legitimación en la causa.
2. Notificar con esta actuación administrativa a la Casilla Judicial No. 3214 de la ciudad de Quito y en los correos electrónicos elizalde@legalecuador.com y rguillen@legalecuador.com.

Atentamente,

Firmó el documento que antecede, Leonardo Orlando Arteaga, **DIRECTOR GENERAL DEL
SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**, en la ciudad de Quito D. M., a **20 JUN 2016**

Lo certifico.-



Dra. Alba Molina P.
**SECRETARIA GENERAL
SERVICIO DE RENTAS INTERNAS**