

- **Órgano de Resolución:** Superintendencia de Control del Poder de Mercado
- **Expediente de Origen:** SIE-SCPM-002-2019
- **Expediente Apelación:** SCPM-DS-INJ-RA-019-2019
- **Apelante:** MAINT S.A.

SUPERINTENDENCIA DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO.- Quito, DM, 20 de agosto de 2019, a las 08h35.- **VISTOS.-** Doctor Danilo Sylva Pazmiño, en mi calidad de Superintendente de Control del Poder de Mercado, conforme la acción de personal No. SCPM-DNATH-328-2018 de 06 de noviembre de 2018, cuya copia certificada se agrega al expediente, **AVOCO** conocimiento del Recurso de Apelación presentado por el señor Allan Miguel Chootong Ching, en calidad de representante legal del operador MAINT S.A., mediante escrito, ingresado en la Secretaría General de esta Superintendencia el 12 de agosto de 2019 a las 16h09 con número de trámite ID. 140246, en contra del contenido del oficio No. SCPM-IGG-INAF-2019-089 de 06 de agosto de 2019 suscrito por el magister Marco Vinicio Acosta, Intendente Administrativo Financiero de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que rechaza el reclamo administrativo interpuesto por el operador económico MAINT S.A., con el que impugnó la Resolución No. SCPM-ADJF-2019-01 de 15 de julio de 2019, acto administrativo que declaró adjudicatario fallido al hoy accionante. En uso de mis facultades legales, dispongo:

PRIMERO.- COMPETENCIA.- El artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador establece que las personas que actúan en virtud de la potestad estatal sólo ejercerán las competencias y facultades que le sean atribuidas en la Constitución y la ley; en este sentido conforme lo previsto en el artículo 213 de la Norma Constitucional, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM) es un organismo técnico de control que pertenece a la Administración Pública, si bien la SCPM es la encargada de hacer cumplir los lineamientos y disposiciones contenidas en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado a través de la ejecución de los procedimientos especiales previstos en la ley, en razón de la especialidad de la materia del Derecho de Competencia; en el presente caso se observa que, el objeto de la impugnación corresponde a aspectos eminentemente de la gestión administrativa interna de la Institución, mas no deviene de la facultad investigadora y sancionadora de la SCPM respecto de las conductas o prácticas anticompetitivas, razón por la cual la normativa aplicable en el presente caso es la establecida en el Código Orgánico Administrativo (COA), por lo tanto conforme el artículo 219 del COA, le corresponde al Superintendente de Control del Poder de Mercado en calidad de máxima autoridad de la institución el conocer y resolver la presente impugnación de orden administrativa general.-

SEGUNDO.- DISPOSICIONES GENERALES.- a) Se dispone abrir un expediente por cuerda separada con el Recurso presentado, el mismo que llevará su propia foliatura; **b)** Al presente expediente se le otorgó mediante sistema ANKU, el número de SCPM-DS-INJ-RA-019-2019.-

TERCERO.- VALIDEZ PROCESAL.- La tramitación del expediente en esta instancia jerárquica, no adolece de vicios de procedimiento, ni se han omitido solemnidades sustanciales que puedan generar nulidad procesal; por lo que ésta Autoridad declara la validez del mismo.-

CUARTO.- ADMISIBILIDAD.- Conforme lo establecido en el artículo 42 de la LORCPM, el Superintendente es la máxima autoridad administrativa, resolutoria, y sancionadora de este organismo técnico de control, por lo cual, acorde con la Disposición General Primera último inciso *ibídem*; y, artículo 134 primer inciso del Código Orgánico Administrativo, corresponde analizar si el Recurso de Apelación ha sido oportunamente interpuesto y si la actuación administrativa objeto del recurso es impugnabile, requisitos que no son simples formalidades, sino que por la naturaleza del medio impugnatorio constituyen condicionamientos de obligatorio cumplimiento, dependiendo de aquello la admisibilidad a trámite del recurso interpuesto; siendo la presente fase de admisión, el momento oportuno para verificar el cumplimiento de los requisitos formales y de fundamentación, se analiza: **a) Oportunidad.-** El artículo 231 del COA establece: “(...) *Apelación en contratación pública. La apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. (...)*” (el resaltado me pertenece). En el presente caso, de las piezas procesales constantes en el cuaderno administrativo correspondiente al proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-SCPM-002-2019, se verifica que el oficio No. SCPM-IGG-INAF-2019-089 de 06 de agosto de 2019, suscrito por el magister Marco Vinicio Acosta, Intendente Administrativo Financiero, fue legal y debidamente notificado el 06 de agosto de 2019, por lo que, al haber sido presentado el Recurso de Apelación el 12 de agosto de 2019, se encuentra dentro del término legal de tres (3) días para interponerlo; **b) Procedencia del Recurso de Apelación.-** De acuerdo con lo establecido en el artículo 231 del COA, el recurso de apelación procede sobre los “Actos Administrativos” emanados por las entidades públicas contratantes, que de conformidad a lo determinado en el artículo 98 del mismo cuerpo legal, son la manifestación de la voluntad de la administración, cuyo factor determinante es causar efectos jurídicos individuales y directos sobre el administrado; en el caso sujeto a discusión, la impugnación ha sido planteada en contra del oficio No. SCPM-IGG-INAF-2019-089 de 06 de agosto de 2019, suscrito por el magister Marco Vinicio Acosta, Intendente Administrativo Financiero, mismo que cumple con los requisitos de un acto administrativo propiamente dicho, en razón de su efecto jurídico, por lo que, en efecto es un acto impugnabile. **c)** Con las consideraciones anotadas es procedente atender el recurso de apelación planteado, en tal virtud, se admite al trámite señalado en el artículo 231 del Código Orgánico Administrativo.

QUINTO.- ACTO IMPUGNADO.- El acto impugnado por el señor Allan Miguel Chootong Ching, en calidad de representante legal del operador MAINT S.A, es el contenido del oficio No. SCPM-IGG-INAF-2019-089 de 06 de agosto de 2019, suscrito por el magister Marco Vinicio Acosta, Intendente Administrativo Financiero, que en su parte pertinente dice: “(...) *Se rechaza el reclamo administrativo interpuesto por la empresa MAINT S.A., por no ser competente la Superintendencia de Control del Poder de Mercado para resolver los reclamos, conforme lo establecido en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública*”.

SEXTO.- ARGUMENTACIONES Y PRETENSIÓN DEL RECORRENTE.- El señor Allan Miguel Chootong Ching, en calidad de representante legal del operador MAINT S.A., en su escrito de interposición de Recurso de Apelación principalmente argumenta lo siguiente: “(...) El “pretexto” utilizado por la entidad contratante para “rechazar” mi reclamación administrativa de impugnación, fue pretender que mi representada no podría interponer recursos o reclamos en sede administrativa en contra de la Resolución de Declaratoria de Adjudicatario Fallido, al respecto debo recalcar que dentro del texto de mi reclamación expresamente se indicó: **FUNDAMENTO DE DERECHO.-** Fundamento la presente reclamación en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, y en los artículos 150 y 153 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (...) la entidad contratante, **no ha respondido con motivación pertinente el reclamo administrativo de impugnación presentado oportunamente** (...) Al parecer la entidad contratante, para “rechazar” mi reclamación administrativa oportunamente interpuesta, pretende indicar que la Ley Orgánica del Sistema de Contratación no admite la interposición de reclamaciones administrativas ante la misma entidad contratante (...) Por otra parte, no se observa que dentro de su oficio de contestación de fecha 06 de agosto, se haya desvanecido el fundamento de hecho expuesto con claridad y precisión en la reclamación oportunamente interpuesta (...)” (las negrillas son del texto original); y, solicita: “(...) se revoque posteriormente la Resolución SCPM-ADJF-2019-01, fechada 15 de julio de 2019, en la que se declara a mi representada como proveedor fallido (...)”.

SÉPTIMO.- CONSTANCIA PROCESAL RELEVANTE.- a) De la revisión del expediente administrativo de Subasta Inversa Electrónica No. **SIE-SCPM-002-2019, “ADQUISICIÓN DE GARANTÍAS EXTENDIDAS DE EQUIPAMIENTO HP PARA DATA CENTER MATRIZ**, se resaltan las constancias procesales más relevantes: **i)** Resolución de Inicio No. SCPM-INI-2019-05 de 22 de marzo de 2019, suscrita por el ingeniero Holger Vicente Prieto Suarez, Intendente Nacional Administrativo Financiero y delegado la máxima autoridad, mediante Resolución SCPM-DS-2019-01 de 10 de enero de 2019. **ii)** Oferta presentada por el operador económico MAINT S.A., de 29 de marzo de 2019. **iii)** Resolución de Adjudicación No. SCPM-ADJ-2019-02 de 25 de abril de 2019, suscrita por el ingeniero Juan Fernando Lara Izurieta, Intendente Nacional Administrativo Financiero y delegado la máxima autoridad, mediante Resolución SCPM-DS-2019-01 de 10 de enero de 2019, a favor del operador económico MAINT S.A., debidamente notificada mediante oficio SCPM-IGG-INAF-2019-034-OF el 25 de abril de 2019 **iv)** Memorando No. SCPM-DS-INJ-2019-207 de 17 de mayo de 2019, suscrito por la doctora Lorena Caizaluisa, Intendente Nacional Jurídico (s), mediante el cual se remite al Intendente Nacional Administrativo Financiero, cuatro ejemplares del contrato del proceso para la “Adquisición de Garantías Extendidas de Equipamiento Hp para Data Center Matriz”. **v)** Notificación electrónica suscrita por el abogado Mauricio Ibarra Robalino, Director de Gestión Documental y Archivo del Servicio Nacional de Contratación Pública, dirigido al operador económico MAINT S.A.; y a la SCPM, mediante el cual pone en conocimiento de las partes la Resolución No. RA-SG-SERCOP-2019-0234 de 16 de mayo de 2019, misma que resuelve sancionar al hoy apelante con la suspensión del Registro Único de Proveedores por un plazo de 60 días contados a partir de la notificación de la presente resolución a través del Portal Institucional. **vi)** Criterio Jurídico No. SCPM-DS-INJ-2019-015 de 30 de mayo de 2019, suscrito por la abogada

Elizabeth Landeta, Intendente Nacional Jurídico, respecto de la situación presentada. **vii)** Oficio No. SERCOP-CGAJ-2019-0337-OF de 01 de julio de 2019, suscrito por el abogado Stalin Santiago Andino González, Coordinador General de Asesoría Jurídica del SERCOP, emitiendo criterio jurídico respecto la consulta generada por la SCPM, respecto a la situación verificada. **viii)** Memorando No. SCPM-INTIC-DNIOT-2019-128 de 03 de julio de 2019, suscrito por el ingeniero Gabriel Andrade Pazmiño, Director Nacional de Infraestructura y Operaciones Tecnológicas de la SCPM, mediante el cual remite el informe de situación actual de la infraestructura tecnológica HP, de 02 de julio de 2019. **ix)** Resolución de Declaratoria de Adjudicatario Fallido No. SCPM-ADJF-2019-01 de 15 de julio de 2019, suscrita por el ingeniero Marco Acosta, Intendente Nacional Administrativo Financiero y delegado de la máxima autoridad, mediante resolución SCPM-DS-2019-01 de 10 de enero de 2019, en contra del operador económico MAINT S.A., debidamente notificada el 15 de julio de 2019, vía electrónica y en sus oficinas el 16 del mismo mes y año. **x)** Escrito presentado por el señor Allan Miguel Chootong Ching en calidad de representante legal del operador económico MAINT S.A., mediante el cual interpone reclamo administrativo de impugnación, presentado en el Secretaría General de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, el 18 de julio de 2019 a las 16h52, con ID. 137980, en el cual objeta la Resolución de Declaratoria de Adjudicatario Fallido No. SCPM-ADJF-2019-01 de 15 de julio de 2019. **xi)** Oficio No. SCPM-IGG-INAF-2019-089 de 06 de agosto de 2019, por el ingeniero Marco Acosta, Intendente Nacional Administrativo Financiero, mediante el cual se rechaza el reclamo presentado por el hoy apelante, debidamente notificada el 06 de agosto de 2019.

OCTAVO.- NORMATIVA LEGAL APLICABLE.- Para el análisis del acto materia de la impugnación, es necesario considerar lo establecido en la norma; así, la **Constitución de la República del Ecuador (CRE)** prevé: “**Art. 75.-** *Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación y celeridad; en ningún caso quedará en indefensión. El incumplimiento de las resoluciones judiciales será sancionado por la ley*”; “**Art. 76.-** *En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 1. Corresponde a toda autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y los derechos de las partes (...) 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: a) Nadie podrá ser privado del derecho a la defensa en ninguna etapa o grado del procedimiento. b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa. c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones. (...) l) Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas. No habrá motivación si en la resolución no se enuncian las normas o principios jurídicos en que se funda y no se explica la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho (...)*”; “**Art. 82.-** *El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes.*”; “**Art. 173.-** *Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial*”; “**Art. 225.-** *El sector público comprende: (...) 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social (...)*”; “**Art. 226.-** *Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que*

actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley (...)" "Art. 227.- La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación."; "Art. 288.- Las compras públicas cumplirán con criterios de eficiencia, transparencia, calidad, responsabilidad ambiental y social. Se priorizarán los productos y servicios nacionales, en particular los provenientes de la economía popular y solidaria, y de las micro, pequeñas y medianas unidades productivas". **La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública** señala: "Art. 1.- Objeto y ámbito.- (Reformado por el núm. 3.1 de la Disposición Derogatoria Tercera del Código s/n, R.O. 899-S, 09-XII-2016) Esta Ley establece el Sistema Nacional de Contratación Pública y determina los principios y normas para regular los procedimientos de contratación para la adquisición o arrendamiento de bienes, ejecución de obras y prestación de servicios, incluidos los de consultoría, que realicen: (...) 3. Los Organismos de Control y Regulación (...)" "Art. 6.- Definiciones.- 1. Adjudicación: Es el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnable a través de los procedimientos establecidos en esta Ley (...) 20. Oferta Habilitada: La oferta que cumpla con todos los requisitos exigidos en los Pliegos Pre contractuales (...) 29. Registro Único de Proveedores.- RUP: Es la Base de Datos de los proveedores de obras, bienes y servicios, incluidos los de consultoría, habilitados para participar en los procedimientos establecidos en esta Ley. Su administración está a cargo del Instituto Nacional de Contratación Pública y se lo requiere para poder contratar con las Entidades Contratantes (...) Art. 14.- Alcance del control del SNCP.- El control del Sistema Nacional de Contratación Pública será intensivo, interrelacionado y completamente articulado entre los diferentes entes con competencia para ello. Incluirá la fase precontractual, la de ejecución del contrato y la de evaluación del mismo (...) 5. Que los proveedores seleccionados no presenten inhabilidad o incapacidad alguna hasta el momento de la contratación (...)" "Art. 35.- Adjudicatarios fallidos.- (Reformado por el Art. 6 de la Ley. s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013) Si el adjudicatario o los adjudicatarios no celebraren el contrato por causas que les sean imputables, la máxima autoridad de la entidad, declarará fallido al adjudicatario o a los adjudicatarios y notificará de esta condición al SERCOP. El adjudicatario fallido será inhabilitado del RUP por el plazo de tres (3) años, tiempo durante el cual no podrá contratar con las Entidades Contratantes previstas en esta Ley. Con la declaratoria de adjudicatario fallido, la máxima autoridad o su delegado, adjudicará el contrato al siguiente oferente según un orden de prelación, de convenir a los intereses nacionales o institucionales (...)" "Art. 47.- Subasta inversa.- (Reformado por el Art. 10 de la Ley. s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013) Para la adquisición de bienes y servicios normalizados que no consten en el catálogo electrónico, las Entidades Contratantes deberán realizar subastas inversas en las cuales los proveedores de bienes y servicios equivalentes, pujan hacia la baja el precio ofertado, en acto público o por medios electrónicos a través del Portal de COMPRASPÚBLICAS. Los resultados de los procesos de adjudicación por subasta inversa serán publicados en el Portal COMPRASPÚBLICAS para que se realicen las auditorías correspondientes. De existir una sola oferta técnica calificada o si luego de ésta un solo proveedor habilitado presenta su oferta económica inicial en el portal, no se realizará la puja y en su lugar se efectuará la sesión única de negociación entre

la entidad contratante y el oferente. El único objetivo de la sesión será mejorar la oferta económica. Si después de la sesión de negociación se obtiene una oferta definitiva favorable a los intereses nacionales o institucionales, la entidad procederá a contratar con el único oferente. El Reglamento a la presente Ley establecerá los procedimientos y normas de funcionamiento de las subastas inversas. Para participar de cualquier mecanismo electrónico en el portal se tiene que estar registrado en el RUP (...); “**Art. 62.- Inhabilidades generales.-** No podrán celebrar contratos previstos en esta Ley con las Entidades Contratantes: (...) 4. Quienes consten suspendidos en el RUP; (...)”; “**Art. 64.- Contratos celebrados contra expresa prohibición.-** Si se celebrare un contrato contra expresa prohibición de esta Ley, la máxima autoridad de la Entidad Contratante podrá declarar en forma anticipada y unilateral la terminación del contrato, sin que proceda reconocer indemnización alguna al contratista. A partir de la fecha en que se declare la terminación unilateral, la institución contratante se abstendrá de realizar cualquier pago en razón del contrato, salvo el que resultare de la liquidación que se practicará. Si la celebración del contrato causare perjuicio económico a la Entidad Contratante, serán responsables solidarios el contratista y los funcionarios que hubieren tramitado y celebrado el contrato, sin perjuicio de la sanción administrativa y penal a que hubiere lugar”; “**Art. 102.- Reclamaciones.-** (Sustituido por el Art. 25 de la Ley. s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013) Para todos los efectos de esta Ley, quienes tengan interés directo, que se consideren afectados por las actuaciones realizadas por entidades contratantes previstas en el artículo 1 de esta Ley podrán presentar un reclamo motivado ante el Servicio Nacional de Contratación Pública, quien en caso de considerar la existencia de indicios de incumplimiento de las normas de la presente ley, su reglamento y las regulaciones, normas técnicas y demás normativa emitida por el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP, notificará de este particular a la máxima autoridad de la entidad contratante, quién dispondrá la suspensión del proceso por el plazo de siete días hábiles, en el que deberá presentar las pruebas y argumentos técnicos correspondientes. Al término del plazo previsto en este artículo, la máxima autoridad de la entidad contratante podrá implementar las rectificaciones que correspondan, o continuar con el proceso. El Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP podrá sugerir medidas necesarias para rectificar el proceso y, de ser el caso, la suspensión definitiva del procedimiento precontractual y notificará a los órganos de control competentes. El reclamo que trata el presente artículo, se podrá ejercer sin perjuicio del recurso administrativo previsto en esta Ley que se pueda interponer contra actos administrativos expedidos por las entidades públicas; y, las acciones judiciales previstas en la normativa vigente (...); “**Art. 103.- Del Recurso.-** (Sustituido por el Art. 25 de la Ley. s/n, R.O. 100-2S, 14-X-2013) El recurso de apelación se podrá interponer exclusivamente de los actos administrativos expedidos por entidades públicas contratantes. Quienes tengan interés directo en el proceso de contratación pública dispondrán del término de tres (3) días contados desde la notificación del acto administrativo para formular su recurso. La entidad contratante deberá expedir su resolución, de manera motivada, en un término no mayor a siete (7) días contados a partir de la interposición del recurso. El recurso presentado no suspende la ejecución del acto administrativo impugnado. Sin embargo de no resolverse el recurso en el término previsto en el inciso anterior, el Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP suspenderá en el portal institucional la continuación del procedimiento hasta la resolución del recurso interpuesto; sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y civil a que hubiere lugar”. **El Reglamento General de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación**

Pública establece: “**Art. 6.- Atribuciones del SERCOP.** - A más de las establecidas en la Ley, serán atribuciones del SERCOP: 1. Ejercer el monitoreo constante de los procedimientos efectuados en el marco del Sistema Nacional de Contratación Pública; (...)”; “**Art. 150.- Derecho a reclamar.**- Los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán derecho a presentar las reclamaciones de conformidad al procedimiento previsto en el presente capítulo. En las reclamaciones los oferentes podrán petitionar o pretender: 1. La formulación de observaciones, consideraciones y reservas de derechos, cuando se impugnaren los actos de simple administración; y, 2. La enmienda, derogación, modificación o sustitución total o parcial de actos administrativos relacionados con los procedimientos de contratación en los que intervengan. El reclamo se presentará por escrito ante el órgano autor del hecho, comportamiento u omisión; emisor del acto administrativo; o ante aquel al cual va dirigido el acto de simple administración, en el término de cinco días contados a partir de la notificación. El órgano puede dictar medidas de mejor proveer, y otras para atender el reclamo. El órgano ante quien se presente el reclamo tendrá un término de quince días para resolverlo, contado a partir de la fecha de la providencia de calificación del reclamo. El reclamo y su resolución serán publicados en el Portal”; “**Art. 153.- Requisitos.**- La interposición del reclamo o recurso deberá expresar: 1. El nombre y apellidos del reclamante o recurrente, así como la identificación personal del mismo; 2. El acto que se impugna o recurre; 3. Firma del reclamante o recurrente, identificación del lugar o medio que se señale a efectos de notificaciones; 4. Órgano de la entidad contratante al que se dirige; 5. La pretensión concreta que se formula, con los fundamentos de hecho y de derecho en que se ampare; 6. La firma del compareciente, de su representante o procurador y la del abogado que lo patrocina; y, 7. Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas”.

NOVENO.- ANÁLISIS FÁCTICO JURIDICO DE LA PRETENSIÓN.- Con los elementos de hecho y derecho señalados y del análisis del recurso de apelación planteado, se desprende principalmente lo siguiente: **i)** “(...) El “pretexto” utilizado por la entidad contratante para “rechazar” mi reclamación administrativa de impugnación, fue pretender que mi representada no podría interponer recursos o reclamos en sede administrativa en contra de la Resolución de Declaratoria de Adjudicatario Fallido (...); **ii)** “(...) la entidad contratante, no ha respondido con motivación pertinente el reclamo administrativo de impugnación presentado oportunamente (...). En vista de las argumentaciones referidas, es necesario comenzar el análisis sobre la norma que viabiliza el reclamo, así, el artículo 150 del Reglamento de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública –RLOSNCPE– expresamente en su parte pertinente dice: “(...) **Derecho a reclamar.- Los oferentes que se consideren afectados en sus intereses por actos administrativos emitidos por las entidades previstas en el artículo 1 de la Ley, por asuntos relacionados con su oferta, respecto al trámite precontractual o de la adjudicación, tendrán derecho a presentar las reclamaciones de conformidad al procedimiento previsto en el presente capítulo (...)**” (el resaltado es propio). Del texto se desprende el derecho para interponer un recurso de impugnación que devenga de un trámite precontractual, en este aspecto se debe considerar el cumplimiento de elementos “sine qua non” para su procedibilidad, así: **1. Tener la calidad de oferente.**- Para entender de mejor manera el ostentar dicha calidad, se define como oferente a la persona natural o jurídica que

propone “oferta” su producto o servicio a través de la presentación de sus propuestas u ofrecimientos frente al requerimiento de la entidad contratante dentro del procedimiento para la adquisición de bienes o servicios, concepto que está reglado por el cuerpo normativo “Modelo de Pliego de los Procedimientos de Contratación de Bienes y/o Servicios (Versión SERCOP 2.1 de 09 de junio de 2017) publicado en la web del Servicio Nacional de Contratación Pública –SERCOP-portal.compraspublicas.gob.ec, que establece: “(...) *Cláusula Primera.- INTERPRETACIÓN DEL CONTRATO Y DEFINICIÓN DE TÉRMINOS (...) 1.2 Definiciones: g. “Oferente”, es la persona natural o jurídica, asociación o consorcio que presenta una “oferta”, en atención al procedimiento de contratación (...)*”. De la constancia procesal analizada, se evidencia que mediante Resolución de Adjudicación No. SCPM-ADJ-2019-02 de 25 de abril de 2019 fue conferido al operador económico MAINT S.A. la adjudicación del proceso signado con el No. SIE-SCPM-002-2019, “Adquisición de Garantías Extendidas de Equipamiento Hp para Data Center Matriz”; a partir de esta fecha, el ganador ya no se constituye en oferente, sino pasa a ser adjudicatario, el mismo que de conformidad al modelo de pliegos citado es definido: “(...) a. “Adjudicatario”, es el oferente a quien la entidad contratante le adjudica el contrato (...)”. En esta línea de análisis, es claro que el apelante no ostentó la calidad referida para el planteamiento del recurso de impugnación señalado en el RLOSNC en el artículo 105. **2.** Que el reclamo verse sobre la oferta.- Remitiéndonos al cuaderno procesal, se evidencia que el reclamo planteado con fecha 18 de julio de 2019 a las 16h52, objeta la Resolución No. SCPM-ADJF-2019-01 de 15 de julio de 2019, en la cual se declara adjudicatario fallido al accionante, por tanto, no existe lugar a dudas que el reclamo no versa sobre la oferta, pues esta constituye el ofrecimiento del servicio o producto, concepto que se dejó desarrollado en líneas precedentes de conformidad al “Modelo de Pliego de los Procedimientos de Contratación de Bienes y/o Servicios” emitido por el ente rector en contratación pública, en consecuencia, tampoco se cumple este presupuesto; y, **3.** Que sea respecto del trámite precontractual o de adjudicación.- En razón de lo determinado en el artículo 1 de la LOSNCP, la adjudicación es: “(...) *el acto administrativo por el cual la máxima autoridad o el órgano competente otorga derechos y obligaciones de manera directa al oferente seleccionado, surte efecto a partir de su notificación y solo será impugnabile a través de los procedimientos establecidos en esta Ley (...)*”; este es el estado en el cual se encontraba el proceso de contratación materia de análisis; por lo tanto, éste sería el único considerando que se cumpliría. Empero de lo manifestado en este numeral, hay que observar que el RLOSNC no señala que podrían concurrir por separado los requisitos establecidos en el artículo 150, los cuales son conexos y necesariamente deben concurrir para que proceda el recurso invocado. En síntesis, ésta autoridad no evidencia que proceda admitir a trámite la fase de impugnación propuesta de la forma y con la argumentación jurídica planteada por el operador económico MAINT S.A.

DÉCIMO.- CONSIDERACIONES ADICIONALES. No obstante, esta autoridad considera que el oficio No. SCPM-IGG-INAF-2019-089 de 06 de agosto de 2019, suscrito por el magister Marco Vinicio Acosta, Intendente Administrativo Financiero de la SCPM, a pesar de haberse realizado el ejercicio de motivación respecto de la argumentación acogida y que lleva a la decisión adoptada, no explica de manera suficiente los presupuestos fácticos y legales que conllevan a la declaratoria de adjudicatario fallido del operador económico MAINT S.A., en virtud de lo cual, es pertinente realizar las siguientes consideraciones: **i)** Mediante Resolución de Adjudicación No. SCPM-ADJ-2019-02 de 25 de abril de 2019 fue adjudicado el

proceso No. SIE-SCPM-002-2019, “Adquisición de Garantías Extendidas de Equipamiento Hp para Data Center Matriz” al operador económico MAINT S.A. **ii)** El artículo 69 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, señala que para la celebración del contrato se formalizará en el término de 15 días; formalización que implica una serie de actuaciones administrativas para su perfeccionamiento y no solo la firma de una de las partes. **iii)** Conforme el artículo antes señalado, la entidad contratante, es decir la SCPM, contaba con el término de 15 días para la formalización del contrato, término que fenecía el 17 de mayo de 2019. **iv)** Durante el proceso de formalización, específicamente el 17 de mayo de 2019, el SERCOP notifica a la SCPM, que se ha procedido a instruir un procedimiento administrativo de verificación de Valor Agregado Ecuatoriano -VAE-, en contra de la compañía MAINT S.A., en el cual se había emitido la Resolución No. RA-SG-SERCOP-2019-0234 de 16 de mayo de 2019, que dispone: “(...) **Sancionar al oferente MAINT S.A., con RUC No. 0990722161001 (...) por haber incurrido en la infracción tipificada en el literal c del artículo 106 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, esto es: “[...] realizar una declaración errada dentro de un procedimiento de contratación pública, inclusive respecto de la calidad del producto nacional [...] Suspender del registro Único de Proveedores al oferente MAINT S.A., con RUC No. 0990722161001 por un plazo de 60 días contados a partir de la notificación de la presente resolución a través del portar institucional (...)**”; acto administrativo que se encuentra en firme, pues, de autos no se evidencia que el apelante haya justificado la ilegalidad de su declaratoria, adicionalmente, se debe resaltar que la sanción impuesta al operador económico MAINT S.A., devino del procedimiento de subasta inversa electrónica instruido por la SCPM, producto del cual por haber declarado en el valor agregado ecuatoriano -VAE- un porcentaje de mano de obra nacional, lo posesionó como ganador pese a que su oferta era la más alta. **v)** Revisado el portal de compras públicas, la Resolución No. RA-SG-SERCOP-2019-0234 de 16 de mayo de 2019, fue notificada el mismo día de su emisión. **vi)** En razón de la sanción emitida en contra del operador económico MAINT S.A., por parte del SERCOP la consecuencia legal es la inhabilitación de éste para contratar con el Estado conforme lo dispuesto en los numerales 4 y 5 del artículo 62 de la ley que rige la materia, existiendo disposición expresa para la entidad contratante de suscribir documento alguno que perfeccione el contrato, puesto que, la sanción imposibilitó formalizar el acto contractual, pese a que se habría firmado por el apelante el 15 de mayo de 2019, y cuyo perfeccionamiento se realizaría el 17 de mayo de 2019 con la firma del delegado conforme se evidencia en el memorando No. SCPM-DS-INJ-2019-207 de 17 de mayo de 2019, suscrito por la doctora Lorena Caizaluisa, Intendente Nacional Jurídico (s), mediante el cual se remite al Intendente Nacional Administrativo Financiero cuatro ejemplares del contrato del proceso para la “Adquisición de Garantías Extendidas de Equipamiento Hp para Data Center Matriz”, es decir, dentro del término legal señalado en el artículo 69 de la LOSNCP. **vii)** Conforme el informe de situación actual de la infraestructura tecnológica HP, de 02 de julio de 2019 que consta en autos, se determina la necesidad institucional de dar continuidad al proceso de contratación pública, y con fundamento en el artículo 35 de la LOSNCP se declara adjudicatario fallido al operador económico MAINT S.A., para la prosecución del procedimiento. **viii)** Establecida la legalidad de la determinación de la autoridad, es necesario aclarar al accionante de este recurso que, la sanción de suspensión del RUP no ha sido emitida por esta entidad; acto que tampoco ha sido impugnado en el momento procesal oportuno. Adicional a ello se enfatiza que conforme al artículo 64 de la LOSNCP, explícitamente se impide la celebración de contratos cuando existe prohibición expresa

de la ley. Por lo que, de la revisión minuciosa del proceso de contratación pública sometido a conocimiento de esta autoridad, y en comprensión de la norma aplicable, es claro que las actuaciones generadas por la SCPM, son consecuencia jurídica de la información errada presentada por el operador económico MAINT S.A., en el proceso de Subasta Inversa Electrónica No. SIE-SCPM-002-2019, "ADQUISICIÓN DE GARANTÍAS EXTENDIDAS DE EQUIPAMIENTO HP PARA DATA CENTER MATRIZ"; cuya inhabilitación dispuesta por el SERCOP, genera efecto jurídico en el adjudicatario como en la entidad contratante.

DÉCIMO PRIMERO.- Por todo lo expuesto, amparado en las disposiciones establecidas en los artículos 75, 76 y 82 de la Constitución de la República del Ecuador, artículo 42, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, esta Autoridad, **RESUELVE: PRIMERO.- NEGAR** el Recurso de Apelación planteado por el señor Allan Miguel Chootong Ching, en calidad de representante legal del operador económico MAINT S.A., en contra del acto administrativo de 06 de agosto de 2019 contenido en el oficio No. SCPM-IGG-INAF-2019-089 de la misma fecha, suscrito por el magister Marco Vinicio Acosta, Intendente Administrativo Financiero, mediante el cual rechaza el reclamo administrativo interpuesto por el operador económico MAINT S.A., impugnando la Resolución No. SCPM-ADJF-2019-01 de 15 de julio de 2019, acto administrativo en el cual se declaró adjudicatario fallido al hoy accionante en razón de las consideraciones expuestas en la presente resolución, en consecuencia, se ratifica las actuaciones del delegado de esta autoridad mediante Resolución SCPM-DS-2019-01 de 10 de enero de 2019. **SEGUNDO.-** Notifíquese al operador económico MAINT S.A., en los correos electrónicos estudiojuridico01@gmail.com y mcandell@com.ec. **TERCERO.-** Póngase en conocimiento del presente acto, al Servicio Nacional de Contratación Pública – SERCOP-; a la Intendencia General de Gestión y a la Intendencia Nacional Administrativa Financiera para conocimiento. **CÚMPLASE Y NOTIFÍQUESE.**



Dr. Danilo Sylva Pazmiño
SUPERINTENDENTE DE CONTROL DEL PODER DE MERCADO



Dra. Naraya Tobar
SECRETARIA AD-HOC