

C.A. de Santiago

Santiago, seis de marzo de dos mil veintitrés.

**VISTO Y TENIENDO PRESENTE:**

**PRIMERO:** Que el abogado Mariano Guajardo Padilla, por la parte demandante, en autos sobre acción de impugnación, Soloverde S.A. Rol N°238-2021, caratulados “SOLOVERDE S.A. / ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE SAN BERNARDO”, seguidos ante el Honorable Tribunal de Contratación Pública, dedujo recurso de reclamación en contra de la sentencia definitiva de 16 de noviembre de 2022, que rechazó la acción deducida, solicitando a revocar la sentencia reclamada, y en su lugar, se acoja, declarando la ilegalidad y arbitrariedad de las actuaciones impugnadas que se extienden desde la solicitud por foro inverso efectuada a UTP TRESUR, adjudicataria, Informe de Comisión Evaluadora, el acuerdo del concejo municipal de Sesión Ordinaria N°10, de 5 de octubre de 2021 y el Decreto Alcaldicio N°4278 de 2021, por las que se permitió adecuar la oferta del oferente UTP TRESUR, y en definitiva evaluó y adjudicó la licitación al mencionado proveedor. Asimismo, solicitó que se declare la arbitrariedad e ilegalidad por no haber declarado la inadmisibilidad del oferente UTP MAXILIMPIO; y en consecuencia se declare la nulidad de derecho público de dichas actuaciones administrativas y de todo acto administrativo o contrato que se celebre o ejecute como consecuencia de ellas, ordenando retrotraer la licitación de autos a la etapa de evaluación de ofertas, y en definitiva, se excluyan las ofertas de las uniones temporales de proveedores, ordenando se concluya el procedimiento licitatorio conforme a Derecho.

En subsidio de lo anterior, de no ser posible retrotraer la licitación, que se adopten las medidas que esta Corte estime necesarias para restablecer el imperio del Derecho, reconociendo a su representada el derecho a perseguir las indemnizaciones que correspondan en la sede competente; con costas.

Indica que en el contexto de la Licitación Pública ID 2342-52-LR21 “Concesión del Servicio de Mantenimiento y Reposición de Áreas

Verdes en la Comuna de San Bernardo”, línea o “grupo” N°2, las actuaciones ilegales y arbitrarias, se sintetizan en tres alegaciones:

La primera es que debió declararse la inadmisibilidad de la oferta de UTP constituida por TRESUR SpA y SERVICIOS INTEGRALES INDUSTRIALES VL SpA (en adelante UTP TRESUR) o de la UTP constituida por MAXILIMPIO SpA y VARGAS LOGAN E HIJOS SpA (en adelante UTP MAXILIMPIO), toda vez que, estando ambas uniones temporales de proveedores constituidas por el mismo agente económico, empresa SERVICIOS INDUSTRIALES VL SpA, se encuentran afectas a la causal de inadmisibilidad del punto 12 letra g) de las Bases Administrativas que no fue aplicada, configurándose en consecuencia, una infracción a los artículos 9° y 10° de la Ley N°19.886.

Al respecto sostiene que la conclusión yerra en cuanto desatiende el punto de prueba fijado y el mérito de lo obrado en autos, sin analizar en lo relevante de esta alegación, que es la causal de inadmisibilidad establecida en el punto 12 letra g) de las Bases Administrativas que dispone que “En caso que el oferente presente más de una oferta por el mismo Grupo, será considerada admisible solo la primera que ingrese al Portal [www.mercadopublico.cl](http://www.mercadopublico.cl)”.

En este sentido manifiesta que lo reprochado es que detrás de las empresas MAXILIMPIO y TRESUR y de las constituyen existe un mismo sujeto, SERVICIOS INTEGRALES INDUSTRIALES VL SpA. En efecto, como consta del Formato N°1-D, del Oferente UTP MAXIMILIMPIO, que es de propiedad en un 100% de SERVICIOS INTEGRALES INDUSTRIALES VL SpA, RUT 76.365.875-9, misma sociedad que se presenta como oferente junto a TRESUR SpA bajo la forma de una UTP; de modo que tiene participación comprobada en 2 ofertas de esta licitación, disimulando aquello a través de personas jurídicas que son de su propiedad, para intentar evadir una prohibición expresa de las bases.

Expresa que durante el término probatorio el Honorable Tribunal accedió a oficiar a la Dirección de Compras y Contratación Pública,

administradora de la plataforma electrónica mercado público, para efectos que informara cuál de las dos ofertas en cuestión UTP MAXILIMPIO o UTP TRESUR fue ingresada primero, siendo el informe de la Dirección de Compras más evidenciador aún de que lo alegado por SOLOVERDE S.A. es realmente efectivo, en cuanto señaló que ambas ofertas fueron ingresadas el 16 de septiembre de 2021, por un mismo apoderado José Arturo Eduardo Vargas Román, quien figura constituyendo todas las sociedad que conforman ambas UTP en cuestión. En efecto primero ingresó la oferta de MAXLIMPIO SpA a las 08:59 horas y la oferta de TRESUR SpA a las 09:05 horas.

La segunda causal de impugnación, es que la UTP TRESUR, debió ser declarada inadmisibles, toda vez que estando en la obligación de garantizar sus 2 ofertas (1 garantía por cada línea), sólo presentó una garantía para ambas líneas de la licitación, permitiéndole la entidad licitante al margen del pliego de condiciones, elegir cuál de las dos ofertas mantener con vida, a través de una solicitud de foro inverso, en circunstancias que las bases de licitación no lo permitían, teniendo el derecho de elección acerca de qué oferta privilegiar (línea 1 o 2 de la licitación) únicamente el proveedor que obtuviera el mejor puntaje en la evaluación de ambas líneas. Ciertamente es que UTP TRESUR jamás estuvo en aquella hipótesis, de hecho, fue declarada inadmisibles en la línea que no se adjudicó. Aquello configura una infracción a los artículos 9° y 10° de la Ley N°19.886, y también al artículo 40 de su reglamento; y un tratamiento de privilegio y una ventaja sobre su competencia.

Precisa que en el caso en comento, debía aplicarse la sanción establecida en el punto 14.1 de las Bases Administrativas: “Serán declaradas inadmisibles las ofertas que se encuentren fuera de Bases, en particular en cualquier de los siguientes casos: c) No entrega Garantía de Seriedad de la Oferta en tiempo y/o forma, en el lugar indicado en estas Bases en su numeral 18 letra a)”; y no correspondía que se le otorgara la posibilidad de elegir mediante consulta por foro inverso, en ejercicio de la facultad del artículo 40 del Reglamento de la

Ley N°19.886, por cuanto la presentación o no presentación de una garantía de seriedad de la oferta no es un elemento formal de la oferta, sino que, por el contrario es un requisito de admisibilidad.

Agrega que la licitante y el oferente se sirven para fundar el “derecho de opción” de la UTP TRESUR, una nota establecida al margen del Formato N°14 de las Bases de Licitación, que reza de la siguiente forma: “Nota: el oferente deberá dejar establecido cual va ser el orden de prelación en caso que en tenga el mayor puntaje en ambos grupos, solo se le adjudicara uno solo y será el que indique en este formato”.

Manifiesta que el Honorable Tribunal se ha caracterizado por mantener líneas jurisprudenciales claras, señalando que el principio de estricta sujeción a las bases es la piedra angular del sistema de adquisiciones de bienes y servicios de la Administración del Estado, sin embargo, en el considerando quinto, aquel principio, que en realidad es un norma imperativa establecida en el artículo 10 de la Ley N°19.886, termina cediendo ante consideraciones de supuesta conveniencia, que nada tienen que ver el principio de no formalización, ni la libre concurrencia de oferentes, estableciendo que la garantía de seriedad de la oferta se trata de un requisito formal dentro de las bases de licitación, razonando que la entidad licitante tenía a través de la comisión evaluadora, la facultad de solicitar a los Oferentes que salven errores u omisiones formales, citando, el punto 15.2 letra b) de las Bases Administrativas. Al respecto cita jurisprudencia del Honorable Tribunal para la Contratación Pública en causa Rol 48-2010 y Rol N°125-2016.

Luego, como tercera causal, alega que, UTP MAXILIMPIO quebrantó el principio de estricta sujeción a las bases, al incumplir el pacto de integridad, al incluir información falsa relativa a su experiencia, en cuanto declaró la ejecución de 3 contratos en mantención de áreas verdes para la I. Municipalidad de Santiago, que en realidad jamás ejecutó, por cuanto aquellos contratos fueron adjudicados uno por su representada y los otros dos, por otras

empresas de la industria, lo que acreditó con las actas de adjudicación de estos contratos.

Afirma que la entidad licitante toleró aquel incumplimiento sin imponer sanción alguna, limitándose a no computar experiencia que no era propia, en circunstancias que el incumplimiento al pacto de integridad tenía causal de inadmisibilidad expresa, lo constituye una infracción al punto 15.2 numeral 2) de las Bases Administrativas y naturalmente, a los artículos 9° y 10° de la Ley N°19.886 y también artículos 6 y 19 de la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República, que ha establecido el efecto vinculante de alcance general de sus dictámenes, por cuanto cómo ha establecido su jurisprudencia, por principio de interdicción de diferencias arbitrarias, de verificarse una situación afecta a una sanción en un procedimiento concursal, aun cuando aquella se establezca en términos facultativos existe la obligatoriedad de aplicar dicha sanción.

Al respecto señala que la sentencia impugnada en su considerando sexto se limita a reflexionar que se trata de una alegación que “habrá de ser rechazada de plano”, agregando que “no es posible infringir el pacto de integridad respecto de documentos que no fueron presentados por la UTP Maxilimpio en su oferta; máxime si, además, la evaluación de su oferta en este punto se ajustó estrictamente al pliego de condiciones”.

Precisa que estas irregularidades se han materializado en la solicitud de foro inverso por la cual se permitió a UTP TRESUR optar por una de sus ofertas; en el Informe de la Comisión Evaluadora que irregularmente en lugar de recomendar la inadmisibilidad de las ofertas de UTP TRESUR y UTP MAXILIMPIO, evaluó sus ofertas y propuso la adjudicación de la primera; en el acuerdo del concejo municipal de Sesión Ordinaria N°10, de 5 de octubre de 2021 y en el Decreto Alcaldicio N°4278 de 2021, que hacen suyas las conclusiones a las que arriba el Informe de la Comisión Evaluadora, adjudicando en definitiva, ilegal y arbitrariamente el contrato licitado en Línea o Grupo N°2, a UTP TRESUR.

Señaló que en materia de contratación municipal, la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, por medio de su artículo 65 letra j) condiciona la contratación de servicios por más de 500 UTM al acuerdo del Concejo Municipal. En la práctica, ocurre que, una vez evacuado el informe de la Comisión Evaluadora con la respectiva recomendación de adjudicación, el Alcalde del respectivo municipio, propone al Concejo Municipal adjudicar la propuesta pública al oferente que obtuvo la mejor puntuación conforme a la evaluación de las ofertas.

Si en el presente caso, el informe de la Comisión Evaluadora recomienda adjudicar la licitación ilegalmente a un oferente que debió ser declarado inadmisibles, y el concejo municipal obra debido a aquella conclusión errónea e ilegal, vía consecencial el acuerdo del concejo también adolece de ilegalidad, así como toda actuación administrativa posterior.

Por estas razones Honorable Tribunal, dedujo acción de impugnación en contra del Informe de Evaluación, el acuerdo del concejo municipal de la Sesión Ordinario N°10, de 5 de octubre de 2021 (del que solo tenemos referencia en los “vistos” del acto de adjudicación), en aquella parte que acuerda adjudicación de línea o Grupo N°2 a UTP TRESUR, y contra el Decreto Alcaldicio N°4728, de 6 de octubre de 2021, publicado con misma fecha que, adjudica esta licitación a UTP TRESUR, cuya oferta debió ser declarada inadmisibles basada en los mismo fundamentos del recurso pide: a acogerla, declarando:

1. Ilegal y arbitraria la solicitud de foro inverso al oferente UTP TRESUR de 29 de septiembre de 2021, Informe de Comisión Evaluadora, el acuerdo del concejo municipal de Sesión Ordinaria N°10, de 5 de octubre de 2021 y el Decreto Alcaldicio N°4278 de 2021, ya individualizados, por las que se permitió adecuar oferta del oferente UTP TRESUR, y en definitiva evaluó y adjudicó la presente licitación al mencionado proveedor y asimismo, se declare la arbitrariedad e

ilegalidad de no haber declarado la inadmisibilidad del oferente UTP MAXILIMPIO:

2. Se declare la nulidad de Derecho Público de dichas actuaciones administrativas y de todo acto administrativo o contrato que se celebre o ejecute como consecuencia de las actuaciones impugnadas y se ordene retrotraer la licitación de autos a la etapa de evaluación de ofertas, con el objeto de que se evalúe correctamente las ofertas, prescindiendo de las ofertas de UTP TRESUR y UTP MAXILIMPIO. y se concluya el proceso con la adjudicación de su representada;

3. En subsidio de lo anterior, que se adopten las medidas que el Honorable Tribunal estime necesarias para restablecer el imperio del Derecho;

4. Se condene en costas a la demandada, en caso de oposición

**SEGUNDO:** La I. Municipalidad de San Bernardo, evacuó el informe, solicitando el rechazo de la reclamación con costas, por cuanto la acción de impugnación resulta carente de todo fundamento serio, por lo que esta Municipalidad al tiempo de adjudicar la licitación pública que nos ocupa al adjudicatario, lo hizo con estricto apego a los principios de estricta sujeción a las bases previsto en el artículo 10 inciso 3° de la Ley 19886, de igualdad de los oferentes y demás principios aplicables a la contratación pública, solicitando -en concreto-, que la acción de impugnación interpuesta por la empresa Soloverde S.A, sea rechazada en todas sus, con expresa y ejemplar condena en costas.

**TERCERO:** Que del análisis de los antecedentes la reclamación interpuesta carece de todo sustento jurídico, toda vez que las propias B.A. en el punto 4 Definiciones indica que Proponente u Oferente es "Toda persona natural o jurídica que participa en un proceso de compras, oferta o cotización". En consecuencia, como ninguna de las personas jurídicas integrantes de la UTP Tresur, ofertaron individualmente en el grupo N° 2, a diferencia de lo que hizo la actora, no corresponde declarar la inadmisibilidad de las ofertas de ambas

U.T.P., siendo irrelevante desde el punto de vista de las bases administrativas la persona dueña de las personas jurídicas.

Además, estamos ante la inexistencia de actos u omisiones ilegales o arbitrarias con motivo de la solicitud de foro inverso al oferente utp tresur de 29/09/2021, asimismo como del informe de la comisión evaluadora, del acuerdo del concejo municipal de sesión ordinaria n° 10 de 05/10/2021 y del Decreto Alcaldicio n° 4278 de 2021 que adjudicó la licitación en el grupo 2 a tresur spa(utp)

Por lo tanto, esta Corte considera y considerando por una parte que las B.A no contemplaban expresamente la situación fáctica invocada como causal de inadmisibilidad de las ofertas y por la otra, que la sanciones,-como son las inadmisibilidades- en nuestro derecho son de aplicación estricta, no pudiendo crearse al efecto otras por analogía, resulta inconcuso concluir que no resultaba ni ilegal ni arbitrario, la solicitud de aclaración efectuada por foro inverso a este oferente. A mayor abundamiento la UTP Tresur SpA en el formato N° 14, el cual era aplicable únicamente a los oferentes que ofertaban a ambos grupos de la licitación, como era el caso del mencionado oferente, ya había manifestado con antelación a la fecha de la consulta por foro inverso, su voluntad de prelación en el grupo N° 2, que fue en definitiva lo que refrendó en su respuesta por foro inverso.

En consecuencia, de acuerdo al punto 15.3.2 de las B.A en análisis para aquellos oferentes que no presentaron certificados de respaldo a los contratos que decían haber ejecutado en el formato N° 2, el efecto propio de aquello era simplemente asignar puntaje cero, como aconteció en la especie.

Finalmente, cabe tener en consideración que el informe de la comisión evaluadora según la pauta de evaluación correspondiente al grupo 2, asignó a la demandante Soloverde S.A. el tercer y último lugar en las ofertas evaluadas con 84,52 puntos, en tanto, que el primer lugar, lo obtuvo UTP Tresur Spa con 91.47 puntos, y el segundo lugar, lo obtuvo la UTP MAXILIMPIO con 86,42 puntos. En consecuencia, la pretensión sub lite no podrá prosperar, toda vez que existe un oferente

que se ubica en un lugar preferente sobre ella, como es el oferente UTP MAXILIMPIO Spa, que ocupó el segundo lugar en la evaluación, y cuya evaluación y puntaje obtenido en la licitación fue realizada conforme a la normativa aplicable, por ende, la mentada demandante, nunca tiene derecho a alguna pretensión indemnizatoria en el presente contencioso administrativo, por lo que la reclamación necesariamente será desestimada.

Por estas consideraciones y vistos, además, lo dispuesto en los artículos 9° y 10° de la Ley N°19.886, y artículo 40 de su reglamento, **SE RECHAZA**, sin costas, la reclamación deducida por el apoderado de la parte demandante, en autos sobre acción de impugnación, Soloverde S.A. Rol N°238-2021, caratulados “SOLOVERDE S.A. / ILUSTRE MUNICIPALIDAD DE SAN BERNARDO”, en contra de la sentencia definitiva de 16 de noviembre de 2022, que rechazó la acción deducida.

Redacción del Ministro señor Aguilar.

**N°Contencioso Administrativo-656-2022.**

Pronunciada por la **Séptima Sala** de la Itma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por la Ministra señora Elsa Barrientos Guerrero e integrada por el Ministro señor Alejandro Aguilar Brevis y por el Abogado Integrante señor Joel González Castillo. No firma el Abogado Integrante señor González por encontrarse ausente.