

## Medida Cautelar Autonoma Procedencia Requisitos

### JURISPRUDENCIA

### Medida cautelar autónoma. Procedencia. Requisitos

Se

rechaza el pedido de medida cautelar autónoma en virtud de no haberse acreditado en la causa los presupuestos necesarios para su procedencia. Santa Fe, 26 de febrero de 2016. VISTOS: Estos autos caratulados "LABORATORIOS FARKIM S.R.L. contra PROVINCIA DE SANTA FE sobre MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA" (Expte. C.C.A.1 n° 254, año 2015), venidos para resolver; y, CONSIDERANDO: I.1. La firma "Laboratorios Farkim S.R.L." interpone medida cautelar autónoma contra la Provincia de Santa Fe tendente a obtener la suspensión de la ejecución del decreto 1885/15, mediante el cual se decidió aprobar la licitación pública número 8/15 y adjudicar el Renglón 2 de la referida licitación a la empresa "Rayos X Dinan S.A.". Relata que se presentó a la licitación pública número 8/15 ofertando en el Renglón 2 del pliego licitatorio referido a "Equipo de rayos x -compuesto por generador de 50 kw- 120/125 KVp. Mesa fija, Potter y Bucky, bajo mesa y mural. Columna provista con tubos de rayos x, 1-2 mm, 140 kV, 125 KV, y colimador multiplano manual luminoso?". Agrega que en forma tempestiva ofertó el día 17.4.2015 por el "Renglón 2 y opcional 1 y opcional 2?"; y que como parte integrante de la oferta se adjuntaron elementos y disposiciones técnicas incluyendo fotografías indicativas del tipo de equipos que estaba ofertando. Explica que en el análisis técnico de las ofertas efectuadas se recomendó respecto del Renglón 2 "[a]djudicar a la firma DINAN por ajustarse a lo solicitado, precio razonable y calidad reconocida. Desestimar la firma Farkim porque no cumple con las especificaciones técnicas del pliego, las condiciones de la columna portatubo debe ser piso techo con sistema antidescarrilamiento, la oferta de la firma es solo piso?". Indica que en el informe de la Dirección General de Control Técnico Administrativo -último acto de control- se advirtió que los certificados de ANMAT acompañados por la empresa "Rayos X Dinan S.A." habían vencido en los años 2012 y 2013 solicitando que quienes elaboraron el informe del análisis técnico de las ofertas se expidan sobre este tema. Arguye que la nota que presentó ANMAT acredita que la empresa adjudicataria tiene en trámite la certificación correspondiente a los productos ofertados. Destaca que en el informe de preadjudicación falta la firma del Secretario de Salud; y que no obstante ello se dictó el decreto 1885/15 sin hacer ninguna mención a las observaciones aludidas. Puntualiza que el expediente por el cual se tramita la licitación fue remitido al Tribunal de Cuentas el día 1.7.2015; que el decreto 1885/15 fue recurrido por su parte, no obstante no haber sido notificada del mismo; que tomó conocimiento de dicho decreto mucho tiempo después de su dictado al enterarse telefónicamente que el expediente estaba en el Tribunal de Cuentas; que concurrió personalmente a ver el expediente quedando notificada del mismo -en definitiva- el día 8.7.2015. Expone que el Tribunal de Cuentas se expidió por la legalidad del decreto 1885/15. En resumen, dice que no obstante ser oferente y cotizar el menor precio en la licitación pública, no fue la adjudicataria de la compra, la cual fue adjudicada a una oferente que no presentó los certificados de ANMAT; y que -agrega- el trámite administrativo presentó una irregularidad sustancial por cuanto el informe de preadjudicación no fue suscripto por los tres integrantes de la Comisión respectiva al faltar la firma del Secretario de Salud. Con relación a la verosimilitud del derecho, aduce la existencia de irregularidades en el trámite de la licitación que hacen a la nulidad del mismo con relación al Renglón 2. En tal sentido, señala que se adjudicó la compra a una empresa que incumplió con la presentación de los certificados de ANMAT -requisito esencial previsto en el pliego licitatorio-, mientras que su parte sí lo hizo, además de haber ofertado el precio más bajo. Destaca la importancia de los certificados de ANMAT, y refiere a un antecedente similar en el cual la Administración anuló la licitación. Precisa como otra irregularidad fundante de la verosimilitud del derecho la circunstancia de que el decreto 1885/15 hace caso omiso de la nulidad del dictamen de la Comisión de Preadjudicación cuya acta sólo fue firmada por dos de sus tres miembros al faltar la firma del Secretario de Salud. Agrega que en los considerandos del decreto, donde se detallan los distintos organismos técnicos que intervinieron en el expediente, no se mencionó el informe del Control Técnico del Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado, irregularidad que no puede ser subsanada. Considera que "no es verdad" la afirmación hecha en el análisis técnico de las ofertas en el sentido de que su parte "no cumplió las condiciones del pliego porque 'la columna portatubo no es de piso techo, con sistema antidescarrilamiento y la oferta es de solo piso'"; que le llama la atención que el análisis técnico no haya advertido que el sistema de la columna es piso techo puesto que el equipo ofrecido por su parte tiene un sistema de seguridad por descarrilamiento y la sujeción de la columna va del piso a la viga que se amura en el techo, "lo que define claramente su calidad de columna piso-techo"; que en la descripción básica y características técnicas y especificaciones del equipo ofrecido se describe que el diseño es con piso-techo o piso-pared y que este diseño es ideal para las instalaciones que no soportan una estructura unistrut. Entiende que es absurdo desestimar una oferta porque lo que se presenta para ofertar otorga más de lo que requieren los pliegos. Con relación al peligro en la demora aduce que se trata de asegurar la efectivización de la sentencia que se pueda dictar en el recurso

contencioso administrativo por cuanto al reclamarse la anulación de la licitación va de suyo que si se expide la orden de compra, si entrega los elementos la adjudicataria y se ponen en funcionamiento, el daño es grave e irreparable y no se solucionaría con la posible acción reparatoria de los perjuicios ocasionados. Afirma que como en el caso está en juego la salud debe darse una resolución urgente y sin dilación. Agrega que no existe seguridad de que los elementos que ofrece la adjudicataria no sean dañinos para la salud de la población que van a ser los usuarios naturales de tales elementos. Indica que la demora en completar el trámite administrativo previo le impide el acceso oportuno a la instancia judicial. Hace reserva del caso constitucional; y solicita -en síntesis- se despache la medida cautelar requerida. 2. Corrida la pertinente vista, la Provincia de Santa Fe la contesta a fojas 287/294 vto. Luego de reseñar la pretensión de la peticionaria y los antecedentes del caso, aduce que exceden la jurisdicción cautelar el análisis de las cuestiones eminentemente técnicas propuestas por la recurrente. En tal sentido, señala que es ajeno al presente proceso el examen respecto a si la oferta de la actora se ajusta a las especificaciones técnicas exigidas en el pliego de la licitación. Refiere a que las empresas licitadoras no tienen un derecho a la adjudicación sino a que sus ofertas sean consideradas y estimadas dentro del procedimiento selectivo; que se respetó el referido derecho de la recurrente; y que fue ella misma quien se sometió voluntariamente a un régimen jurídico que expresamente contempla la facultad de rechazar todas las propuestas sin que ello le dé derecho a efectuar reclamos (art. 35, decreto 2809/79). Agrega que aun cuando la oferta presentada por la actora haya sido admisible, ¿el mayor o menor acierto o error, mérito o conveniencia de la solución adoptada por la autoridad administrativa, constituyen puntos sobre los que no cabe al Poder Judicial pronunciarse, en la medida en que el ejercicio de esas facultades discrecionales no se compruebe como irrazonable, inicuo o arbitrario?. Considera que existe una mera disconformidad de la actora con los criterios sustentados por las áreas técnicas especialistas de la Administración que rebasa su derecho a ejercer y exigir el control de legalidad de los actos de la Administración. Afirma que el daño grave e irreparable que la accionante arguye que le será irrogado si se expidiera la orden de compra, se entregaran los elementos de la adjudicataria y se pusieran en funcionamiento, no justifican tener por configurado el requisito del peligro en la demora por ser ellos la consecuencia natural y necesaria que supone para un oferente no resultar adjudicatario de una licitación pública. Con relación al argumento de la actora relativo a que la empresa adjudicataria no cuenta con los certificados de ANMAT y pone en riesgo la salud de la población, dice que no se registraron impugnaciones por parte de la actora dentro del plazo previsto al efecto por el artículo 27 del decreto 2809/79; que el hecho de que la accionante, teniendo facultad para hacerlo, no advirtiera el incumplimiento que ahora califica de no subsanable, desvirtúa tal planteo. Destaca que fue a instancias de la Dirección General de Control Técnico Administrativo del Ministerio de Gobierno y Reforma del Estado que se hizo foco en los certificados de ANMAT vencidos presentados por la adjudicataria, no como supuesto nulificante del procedimiento licitatorio sino como aspecto merecedor de informe técnico o de confirmación posterior; que fue a consecuencia de ello que la Dirección General de Coordinación Técnica y Programación sujetó la emisión de la orden provisoria a la acreditación del cumplimiento de la habilitación del ANMAT. Puntualiza que el análisis de la validez actual de los documentos presentados por ?Rayos X Dinan S.A.? en relación con la habilitación de ANMAT, excede notoriamente la jurisdicción cautelar. Precisa que el presidente de ?Rayos X Dinan S.A.? acompañó copias por él firmadas del ?Certificado de Inscripción y Autorización de Venta de Productos Médicos? de fecha 4.9.2008, con una vigencia de 5 años a partir de esa fecha; que además adjuntó una nota suscripta por el Director Nacional de Productos Médicos de la ANMAT de fecha 26.6.2014 que enumera registros de productos en trámite entre los que se incluía el PM 1089-25, aclarando que cuentan con certificados vigentes por haber sido presentados en tiempo y forma conforme a la normativa vigente con anterioridad al 30.7.2010. Que asimismo la firma adjudicataria presentó declaración jurada relativa a la posesión de los certificados de ANMAT. Concluye diciendo que la circunstancia de que para la emisión de la orden de provisión la empresa adjudicataria deberá demostrar la autenticidad y actualidad de la documentación aportada sumada a la falta de impugnación oportuna por parte de la actora impiden considerar que prima facie existe un incumplimiento incontrovertible a la normativa ANMAT. En cuanto a la alegada falta de firma del Secretario de Salud en el informe de preadjudicación, destaca que el decreto 2809/79 -normativa aplicable al procedimiento licitatorio-, no exige ni reglamenta en lo formal una instancia necesaria de preadjudicación previa a la adjudicación, limitándose a disponer en su artículo 18 que ?el contrato se perfecciona con la simple adjudicación efectuada por la autoridad competente dentro del plazo de mantenimiento de la oferta?. Que sin perjuicio de ello, el Poder Ejecutivo, antes de emitir el decreto de adjudicación, recabó para mejor proveer opiniones de órganos consultivos internos: tres bioingenierías del Ministerio de Salud elaboraron un Análisis Técnico de Ofertas, se expresó el Coordinador de Compras de la Dirección General de Compras, se expidió la Dirección General de Asuntos Jurídicos, el Subsecretario Legal del Ministerio de Economía y la Dirección General de Control Técnico Administrativo, estamento que efectuó las observaciones de las que pretende valerse la interesada para, por vía cautelar, obstaculizar el trámite. Agrega que también se cuenta con el informe de preadjudicación que no contiene firma del Secretario de Salud pero sí lo rubricaron el Secretario de Regulación e Innovación Normativa y el Secretario de Administración del Ministerio de Salud. Afirma que no puede pretenderse

la declaración de nulidad del procedimiento licitatorio por una omisión formal que no está normativamente requerida por el reglamento de aplicación; y que la Administración tuvo antes de la adjudicación la intervención de especialistas en la materia. Introduce la cuestión constitucional; y solicita -en suma- se rechace la tutela cautelar peticionada, con costas. 3. A fojas 299/300 la parte actora manifiesta las razones por las cuales no pudo impugnar la propuesta en los términos del artículo 27 del decreto 2809/79 y reitera las irregularidades -que a su parecer- ostentan los certificados de ANMAT presentados por la firma ?Rayos X Diman S.A.?. 4. Citada la empresa ?Rayos X Diman S.A.? como tercero coadyuvante (f. 295) comparece en autos y contesta la demanda (fs. 326/327). Expone que resulta extemporánea la medida cautelar peticionada por el actor por cuanto el acto administrativo que se pretende suspender quedó firme y ejecutoriado, habiendo entregado su parte la totalidad de los equipos licitados -actualmente instalados y en perfecto funcionamiento en los distintos nosocomios de la Provincia-, quedando pendiente el pago de los mismos todo lo cual -entiende- torna abstracta la cuestión planteada. Indica que aunque la actora cotizó los equipos supuestamente a un precio menor, los mismos no se ajustaban a las características técnicas del pliego de base y condiciones. Explica que su parte disponía de la entrega inmediata de los equipos por ser fabricante nacional mientras que la accionante importa los mismos; que su parte ha entregado a la Provincia más de cien equipos de rayos x y de dos mil a nivel nacional. Con relación a los certificados de ANMAT, precisa que los mismos al momento de la licitación se encontraban vigentes. Hace reserva del caso constitucional y solicita -en suma- se rechace la medida cautelar peticionada, con costas. II.1. Corresponde considerar si el planteo, efectuado sin que la instancia contencioso administrativa esté habilitada, es admisible. Como es sabido, la admisibilidad de este tipo de pedidos exige la concurrencia de alguna circunstancia de la que pueda extraerse la posibilidad de que se produzca un perjuicio especial, ya en el peticionario, ya en otros intereses en juego; o -en todo caso- la concurrencia de una ilegitimidad tan manifiesta que por sí sola pudiese justificar la anticipada intervención del Tribunal (?Sejas?, A. T. 3, pág. 439; ?Ottinger?, A. T. 4, pág. 279; ?Caminos?, A. T. 5, pág. 213; ?Zalazar?, A. T. 5, pág. 70; ?Masin?, A. y S. T. 1, pág. 32; ?Giustozzi?, A. y S. T. 10, pág. 35; ?Cabral?, A. y S. T. 18, pág. 106; ?Vivas?, A. y S. T. 19, pág. 346; ?Firmani?, A. y S. T. 20, pág. 224; ?Ortiz?, A. y S. T. 20, pág. 274; ?Franco?, A. y S. T. 22, pág. 242; ?Boasso?, A. y S. T. 22, pág. 387; ?Rouzic?, A. y S. T. 23, pág. 182; ?Leiva?, A. y S. T. 24, pág. 100; ?Dere?, A. y S. T. 24, pág. 278; ?Villarreal?, A. y S. T. 25, pág. 228; ?Simoncini?, A. y S. T. 25, pág. 275; ?Espósito?, A. y S. T. 25, pág. 374; ?Thomas?, A. y S. T. 26, pág. 270; ?Zeballos?, A. y S. T. 28, pág. 270; ?Asociación Sindical?, A. y S. T. 28, pág. 389; ?Parodi?, A. y S. T. 29, pág. 411; ?Preti?, A. y S. T. 30, pág. 408; ?Leyva?, A. y S. T. 32, pág. 189; ?Olchovik?, A. y S. T. 32, pág. 215; ?Di Napoli?, A. y S. T. 32, pág. 292; ?Golosetti?, A. y S. T. 32, pág. 457; etc.). A la luz de esos estrictos criterios, se observa que la cuestión implicada en la causa no justifica la intervención anticipada del Tribunal. 2. En efecto, insistentemente se ha señalado que las cuestiones que se resuelven en la interpretación de hechos y la valoración de diversos elementos probatorios y normativos, exorbitan el limitado ámbito de conocimiento de estas cautelares (C.S.J.P.: ?Marcelli?, A. y S. T. 115, pág. 497; ?Soria?, A. y S. T. 139, pág. 271; ?Ivalsa?, A. y S. T. 160, pág. 318; ?Barrionuevo?, A. y S. T. 163, pág. 145; etc.; de esta Cámara: ?Pérez?, A. T. 1, pág. 210; ?Guaita?, A. T. 1, pág. 178; ?Grande?, A. T. 2, pág. 87; ?Giordano?, A. T. 2, pág. 437; ?Veniselo?, A. T. 3, pág. 197; ?Cáceres?, A. T. 3, pág. 260; etc.); y, asimismo, que ?Andruszczyszyn?, A. y S. T. 15, pág. 412; ?Callegaris?, A. y S. T. 18, pág. 151; ?Asociación?, A. y S. T. 28, pág. 389; ?Kaufmann?, A. y S. T. 31, pág. 354; ?Droguería Kellerhoff?, A. y S. T. 31, pág. 425; ?Paraná Medio?, A. y S. T. 32, pág. 100; ?Embotelladora del Atlántico?, A. y S. T. 32, pág. 130; entre muchos otros. En cuanto al peligro en la demora, la petición se ha circunscripto a la mera enunciación de las consecuencias perjudiciales que le provocaría que la pretensión cautelar no sea atendida, sin demostrar acabadamente la gravedad e irreparabilidad del daño, ni explica por qué razón, en las circunstancias del caso, una sentencia de mérito no sería idónea para reparar el perjuicio que, según dice, se le ocasionará (?Mascheroni Torrilla?, A. T. 4, pág. 102, citado). Sin perjuicio de ello, se observa que de prosperar una pretensión substancial anulatoria devendrían ilegítimos los actos derivados de la medida impugnada, entre ellos, la adjudicación producida, con lo cual igualmente podrían satisfacerse las consecuencias de dicha anulación que ahora se invocan como irreparables (C.S.J.P.: criterio de ?Drzazga?, A. y S. T. 110, pág. 487). Por lo tanto, la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 -integrada- RESUELVE: Rechazar el pedido de tutela cautelar con el alcance formulado. (art. 26, ley 10.160). DI MARI (SEC)

Nota: (\*) Sumarios elaborados por Juris online

007648E