

Medida Cautelar Autonomo Procedencia Requisitos Caracteristicas Pliegos De Bases Y Condiciones Interpretacion Pautas

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Medida cautelar autónomo. Procedencia. Requisitos. Características. PLIEGOS DE BASES Y

CONDICIONES. Interpretación. Pautas No se hace lugar a la solicitud de cautelar autónoma deducida en virtud que el fumus boni iuris no puede tenerse por configurado. Rosario, 05 de Julio de 2016.- VISTOS: Estos autos caratulados "PUBLICIDAD SARMIENTO S.A. C/ MUNICIPALIDAD DE ROSARIO S/ CAUTELAR AUTÓNOMA?, (Expte. N° 86/16); y, CONSIDERANDO: I.1.Publicidad Sarmiento S.A., por apoderado, solicita como medida cautelar autónoma -previo a la interposición del recurso contencioso administrativo- se ordene la suspensión de los efectos de la Resolución N° 46/16 dictada por el Ente de la Movilidad de Rosario en la licitación para la provisión, instalación y mantenimiento del mobiliario urbano de pasajeros y señalética para la movilidad para la ciudad de Rosario, y por la cual se adjudicó la misma a UTE Grupo Al Sur S.A.- Metrópoli Publicidad Exterior S.A.; y la resolución N° 63/16 que rechaza el recurso de reconsideración interpuesto contra aquella. Solicita también, que en caso de haberse suscripto el contrato de concesión respectivo, se extiendan los efectos de la medida cautelar interpuesta a dicho contrato, suspendiendo sus efectos como manifestación del acto viciado. Relata que la Municipalidad demandada llamó a licitación pública -N° 33/15- para la provisión, instalación y mantenimiento del mobiliario urbano de pasajeros y señalética aplicados a la movilidad de la ciudad, licitación a la cual se presentaron dos oferentes: UTE Grupo Al Sur S.A.- Metrópoli Publicidad Exterior S.A. y Publicidad Sarmiento S.A. Agrega que, conforme consta en el Informe de Evaluación, Grupo Al Sur SA- Metrópoli Publicidad Exterior SA impugnó la oferta presentada por el aquí actor, las que fueron rechazadas por la Comisión Evaluadora constituida al efecto, haciendo especial referencia a los antecedentes de Publicidad Sarmiento S.A. en anteriores licitaciones. Indica que la Comisión concluyó que nunca hubo caducidad en anteriores contrataciones y que las causales esgrimidas por la impugnante se tratan de rescisiones contractuales no pudiendo interpretarse más allá de la letra de los actos administrativos que así lo declaran y de los cuales no resulta en ninguna de sus partes sanción de caducidad. No obstante lo cual, la Comisión agregó que deben tenerse presente al momento de la evaluación de antecedentes, la documentación referida. Continúa exponiendo que la Comisión Evaluadora, al emitir su dictamen, otorgó 82 puntos a UTE Grupo Al Sur S.A.- Metrópoli Publicidad Exterior S.A. y 72 a Publicidad Sarmiento S.A. para luego, mediante resolución 46/16, adjudicar el objeto de la licitación a UTE Grupo Al Sur S.A.- Metrópoli Publicidad Exterior S.A., resolución recurrida mediante el recurso de reconsideración aludido y reservando el recurso de apelación al Intendente Municipal. Afirma que, posteriormente, mediante resolución N° 63/16 el Ente de la Movilidad de Rosario resolvió rechazar el recurso de reconsideración, concediendo el recurso de apelación subsidiariamente interpuesto, el cual se encuentra en trámite al momento de la interposición de la cautelar. Con relación a la irreparabilidad del perjuicio que prevé el art. 14 de la Ley 11.330, argumenta que el mismo surge del desplazamiento de Publicidad Sarmiento S.A. de la adjudicación del objeto de la licitación a partir del informe de la Comisión Evaluadora y la posterior adjudicación al restante oferente. Señala, en cuanto a los requisitos para el despacho de la medida solicitada, que la ilegitimidad del acto de adjudicación impugnado se manifiesta en diferentes causales, como serían: a) la incompetencia del Ente de la Movilidad de Rosario para adjudicar, en virtud de no encontrarse dentro de las funciones específicas dispuestas por el art. 3 inc. C de la Ordenanza 7627/03 y lo dispuesto por el art. 41 inc. 17 Ley Orgánica de las Municipalidades que otorga competencia el Intendente Municipal para adjudicar licitaciones. Y desde la perspectiva de la delegación, ella no puede considerarse como fundamento de lo actuado por el Ente de la Movilidad, por cuanto la potestad del Intendente Municipal para adjudicar licitaciones no se ha delegado en forma expresa al Ente; b) la arbitraria y desigual valoración de los antecedentes de los oferentes realizada por la Comisión Evaluadora y que resultó decisiva para la adjudicación, contradiciendo el principio de igualdad la exigencia de antecedentes para intervenir en una licitación y la evaluación de los mismos con diferentes parámetros y en perjuicio de uno de los litigantes y, por último, c) el apartamiento de las condiciones exigidas en el pliego ya que, en efecto, en la evaluación del diseño del refugio, la Comisión no consideró que el proyecto presentado por UTE Grupo Al Sur S.A.- Metrópoli Publicidad Exterior S.A. se aparta considerablemente de los parámetros técnicos fijados en el pliego de bases y condiciones, cuestión que implica un vicio sustancial en la oferta. En suma, previa reserva constitucional, solicita se haga lugar a la medida cautelar, con costas. Corrida vista a la demandada (fs. 208), lo contesta a fs. 213/218, solicitando el rechazo de la medida cautelar peticionada, con costas. Sintetiza la pretensión cautelar y el encuadre jurídico que efectúa el recurrente. Refiere a los requisitos que impone la Ley 11.330 para el despacho de una medida cautelar contra la Administración. Relata los antecedentes administrativos. Asevera que la cautelar solicitada es improcedente porque el recurrente no acredita, según las

actuaciones administrativas que reseña, la supuesta ilegitimidad de la resolución cuestionada y que, además, resolver lo que el actor pretende implicaría introducirse en circunstancias de hecho y prueba vedados por principio en este procedimiento abreviado y exorbitan el limitado ámbito de conocimiento de estas cautelares. Añade que el accionante tampoco logra demostrar la verosimilitud del derecho invocado ni el peligro en la demora, en virtud que no ha acaecido observación alguna por parte de Publicidad Sarmiento S.A. durante el procedimiento licitatorio, cuestionamientos que aparecen recién cuando no resulta ganador. Rechaza la supuesta contradicción al art. 41 inc. 17 de la Ley Orgánica de las Municipalidades, por cuanto la enunciación del artículo sería simplemente descriptiva y por su parte el art. 24 del Pliego asigna al Ente de la Movilidad de Rosario la potestad de adjudicar la licitación, por lo que -dice- el planteo del actor carece de sustancia constitucional y solo entraña un mero prurito formal en tanto la adjudicación de una licitación, por más que se lleve a cabo por una Entidad Autónoma, se encuentra sujeta a las mismas condiciones y controles que la que pueda impulsar el Departamento Ejecutivo Municipal y sometidas a la decisión final de éste. Acerca de lo argumentado por el peticionante en relación al proceso de selección llevado a cabo por la Comisión Evaluadora, explica que la misma efectuó un extenso informe, dando suficiente fundamento a sus afirmaciones que sirvieron luego para fundar debidamente el acto de adjudicación y que en modo alguno aparecen los defectos que se invocan en grado de evidencia para sustentar la pretensión cautelar. Argumenta, en relación a la queja referida al rubro "antecedentes", que los incumplimientos contractuales en otras jurisdicciones referidos a la misma materia de la licitación, implicaron la necesidad de reducir sustancialmente el puntaje correspondiente, no haciéndose cargo el recurrente de la gravedad de dichos antecedentes que llevaron a la Comisión a reducirlos. Por otra parte, considera que lo que resulta trascendente para esta medida cautelar es que la Comisión Evaluadora tiene un margen de discrecionalidad al momento de impartir criterios de evaluación, cuyo análisis implicaría considerar todos los antecedentes del procedimiento, lo que obsta a este proceso. Concluye que el acto luce legítimo en sus aspectos formales, suficientemente motivado y no puede imputársele arbitrariedad ya que se basó en las pautas consignadas en el Pliego de Bases y Condiciones al que el actor se sometió en el momento de formular su oferta. Arguye, finalmente, que el trámite limitado de una pretensión cautelar no constituye el medio adecuado para la puesta a discusión de los supuestos vicios propuestos en esta causa. Previa reserva constitucional, solicita se rechace en su totalidad la medida cautelar autónoma peticionada, con costas. II. 1. Como surge del relacionado precedente, la empresa Publicidad Sarmiento S.R.L. deduce cautelar autónoma contra la Municipalidad de Rosario pretendiendo la suspensión de los efectos de la resolución del Ente de la Movilidad de Rosario n° 46/2016 por la que se adjudica la licitación para la provisión, instalación y mantenimiento del mobiliario urbano de pasajeros y señalética aplicados a la movilidad para la ciudad de Rosario, a la UT Grupo al sur S.A. y Metrópoli Publicidad Exterior; y, en consecuencia, desestima las ofertas presentadas por aquélla. Habiéndose deducido una medida cautelar autónoma, resulta apropiado recordar que la interpretación del artículo 14 de la ley 11.330 que más se ajusta a las exigencias constitucionales que se derivan de la tutela judicial efectiva es la favorable al excepcional otorgamiento de ese tipo de tutela provisional. Se ha señalado que tal interpretación, además, armoniza con la propia ley 11.330, la que claramente ha ampliado los poderes cautelares del juez; y con las más modernas tendencias legislativas que se observan tanto a nivel de derecho comparado, como en el ámbito de las Provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Empero, se ha explicado que el criterio para su otorgamiento resulta particularmente estricto y que la solicitud respectiva debe someterse a mayores exigencias probatorias (T. 2, pág. 357). A la luz del mencionado criterio habrá de abordarse el sub examine. 2. A su vez, la sustantiva procedencia de pedidos como el examinado requiere la concurrencia de diversos recaudos entre los que destacan el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*, sin que pueda soslayarse el relevante criterio interpretativo expresamente contemplado por la norma del art. 14 de la ley 11.330 consistente en la necesidad de ponderar debidamente los intereses en juego?. Se adelanta que el *fumus boni iuris* no puede tenerse por acreditado. Debe comenzar por señalarse que el invocado vicio de incompetencia del órgano emisor (f. 203 vto.) no resulta idóneo para encuadrar el caso en el art. 14 de la ley 11.330. Ciertamente es que la ley 2756, en su inciso 17, entre las atribuciones del Intendente municipal incluye la de "Celebrar contratos o autorizar trabajos por sí solo dentro del presupuesto general, de acuerdo a la proporción establecida en el artículo 10 de esta ley y adjudicar licitaciones?", pero no es menos cierto que el art. 24 del Pliego prescribe que: "El EMR, sobre la base del informe de la Comisión Evaluadora, dictará el instrumento legal que apruebe el acto licitatorio y adjudicará la misma al oferente cuyas ofertas se considere la más conveniente a los intereses públicos de la Municipalidad de Rosario...?". De los escasos elementos de convicción hasta ahora arrojados a la causa no surgiría que la presentante haya pedido aclaratoria acerca de la mencionada prescripción del Pliego, ni que lo haya impugnado. Podría recordarse que las disposiciones contenidas en los pliegos deben interpretarse sistemáticamente de manera armónica con las demás normas que integran el ordenamiento jurídico; necesidad armonizadora que no conduciría a la interpretación, en términos absolutos, de la ley orgánica de municipalidades que efectúa el presentante, salvo que se soslaye la significativa importancia de los Pliegos. No parece ocioso recordar que los Pliegos son elaborados por la administración que cuenta con amplias facultades para redactarlos; constituyen la ley del contrato (por todos,

Dromi, Roberto, Licitación Pública, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, págs. 245, 246, especialmente, pág. 273, en cuya cita n° 80 se transcribe doctrina y jurisprudencia en el sentido que las bases y condiciones para la celebración de toda subasta constituyen ?la ley primordial reguladora del contrato?, y que las cláusulas del pliego constituyen normas ?obligatorias para todos, inclusive la propia Administración?). El planteo del presentante, pese a admitirlo, no se hace suficiente cargo de que el pliego de condiciones forma parte integrante del contrato; y, aún, de las posibilidades de la ratificación, si correspondiere. Pues bien, ha dicho la Corte que: ?El contrato... es de una incuestionable validez, y sus cláusulas sin excepción de una sola, tienen el mismo valor que la ley? (CSJN, Fallos, 97:20, en especial, pág. 33). Ello desnudaría la necesidad de una interpretación armonizante que deje tanto a las prescripciones de la ley, como a las del pliego, con valor y efecto. Tampoco resultaría bastante para encuadrar el caso en el art. 14 de la ley 11.330 la cuestión relativa a los ?antecedentes? que se invoca a foja 204 vto. y siguientes. Podría aquí comenzar por recordarse que los antecedentes en la explotación constituyen pautas subjetivas en la selección que la administración puede apreciar con amplitud (Dromi, ob. cit., págs. 423, 424 y concordantes) y cuyos núcleos discrecionales internos previenen acerca del alcance del control judicial en este aspecto; y, sin perjuicio de la arbitrariedad, desviación de poder o violación al principio de la buena fe que, en teoría, podría concurrir pero que en todo caso, debería evaluarse en la sentencia de mérito. Aduce la presentante que se efectuaron evaluaciones disímiles, que la UTE tuvo incumplimientos en otras concesiones que le fueron otorgadas, con rescisión de contratos, etc. Sin embargo, también la propia presentante habría celebrado contratos rescindidos, a tenor de lo que surgiría de la impugnación a que se hace referencia. Rescisión que, huelga decirlo, constituye una vicisitud que no resulta inusual en la vida y extinción de los contratos. Tampoco podría afirmarse contundentemente que los antecedentes de más de cinco años no puedan tenerse en consideración. Los demás agravios de la presentante no resultan convincentes a los fines pretendidos: así, al afirmarse que ?el refugio ofrecido... no cumple con los requisitos técnicos? (f. 206 vto.), que ?el proyecto presentado por la UTE... se aparta absolutamente de los parámetros técnicos fijados por el pliego de bases y condiciones...? (f. 207). Es que, tales aspectos remiten a evaluaciones técnicas y complejas que necesitan de actividad probatoria, lo que revela que la presentación efectuada exorbita el debate cautelar (A. y S. T. 1, págs. 1/3; T. 1, págs. 4/8). En resumidas cuentas -como se anticipara- el fumus boni iuris no puede tenerse por configurado. 3. Ello basta para rechazar el pedido formulado por cuanto el solo peligro en la demora -aunque concurriese- no es suficiente para el despacho favorable de la cautelar regulada en el art. 14 de la ley 11.330 (Lisa y Weder, El proceso contencioso administrativo, 1, pág. 412 y concordantes, Juris, Rosario, 1998). Por lo expuesto, la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 2, RESOLVIÓ: No hacer lugar a la solicitud de cautelar autónoma deducida. Con costas. Regístrese y hágase saber. RESCIA de de la HORRA ANDRADA ARIZA (art. 26, ley 10.160.) TAMAÑO Nota: (*) Sumarios elaborados por Juris online. 009959E