

Medida Cautelar Autonoma Teatro Colon Suspension De Licitacion Publica Registro Del Proveedor Preadjudicacion

JURISPRUDENCIA

Medida cautelar autónoma. Teatro Colón. Suspensión de licitación

pública. Registro del proveedor. Preadjudicación

Se rechaza la medida cautelar autónoma peticionada por la sociedad anónima actora, a fin de que se ordene al Ente Autárquico Teatro Colón la suspensión del procedimiento de licitación pública, al valorarse que (contrariamente a lo manifestado) la Administración la había intimado a subsanar determinados requisitos previo a emitir el dictamen de preadjudicación y que aquella no cumplía con el estado de registración del proveedor, dado que figuraba como desactualizado por mantención de formulario, siendo requisito del pliego que al momento de la preadjudicación los oferentes debían figurar en el estado de registros como inscriptos, a los efectos de poder realizar su evaluación. Ciudad de Buenos Aires, 1 de octubre de 2019. Y VISTOS; CONSIDERANDO: I. Que DF Entertainment S.A. -en adelante, DFE- promovió la presente medida cautelar autónoma con el objeto de que se ordene al Ente Autárquico Teatro Colón -en adelante, Teatro Colón- la suspensión de los efectos de la resolución 650/EATC/2019 y, con ello, el procedimiento de licitación pública BAC 541/0880/LPU19 -en adelante, la licitación- cualquiera fuera el estado en el que se encuentre, incluso ante el perfeccionamiento del contrato, hasta tanto se resuelva el recurso administrativo presentado (fs. 1/10). Preciso que interpuso recurso administrativo ante el Teatro Colón a fin de que se revise el temperamento adoptado durante el procedimiento de licitación y que, en consecuencia, solicita la tutela cautelar en forma autónoma hasta tanto se resuelva la controversia en sede administrativa y, eventualmente, judicial (fs. 1). Indicó que, de accederse a lo peticionado, se garantizará la efectividad de la decisión a la que se arribe sobre el fondo de la cuestión y se mitigará el potencial perjuicio fiscal en el que se incurriría por adjudicarse a una oferta ostensiblemente más onerosa que la presentada por DFE, la cual -según su relato- fue desestimada ilegítimamente (fs. 1). Relató que el 5 de junio de 2019 el Teatro Colón llamó a licitación pública BAC 541/0880/LPU19 destinada a la contratación del ?Servicio de emisión, administración y venta de localidades para el Teatro Colón?, aprobándose el pliego de bases y condiciones respectivo y el presupuesto oficial por la suma de veintitrés millones de pesos (\$23.000.000) bajo la modalidad de contratación de orden de compra abierta (fs. 1 vta.). Refirió que el trámite licitatorio se desarrolló mayormente a través de la plataforma Buenos Aires Compra -en adelante, BAC- y que la fecha de apertura se fijó para el día 24 de junio del corriente, a las 14 hs., oportunidad en la que se presentaron seis ofertas, entre ellas, la de DFE. Explicó que para poder resultar adjudicatario se requería estar inscripto en el Registro Informatizado Único y Permanente de Proveedores del Sector Público de la Ciudad -en adelante, RIUPP o el Registro- y que al momento de la presentación de ofertas se exigía la constancia de inscripción o la acreditación de que aquella estuviera en trámite (fs. 1 vta.). Adujo que DFE se encontraba inscripta en el RIUPP al momento de presentar su oferta y que, no obstante lo cual, según el Registro los datos estaban desactualizados. Añadió que una situación similar se presentaba con la firma Portesa S.A., quien más tarde resultaría adjudicataria (fs. 1 vta.). Consideró que, tratándose el RIUPP de un registro propio del licitante, el estado de registración constituía un requisito formal no sustancial que podía ser subsanado durante el proceso de evaluación de ofertas sin que ello altere la igualdad de los proponentes. Según explicó, una firma podía presentarse con la inscripción en trámite y completar dicha inscripción durante la sustanciación de la licitación pero antes de la adjudicación. Del mismo modo también -según su parecer- quienes ya estaban inscriptos podían actualizar su situación registral, de corresponder, durante la sustanciación del concurso (fs. 1 vta./2). Expuso que, luego del análisis de las ofertas y sin haber intimado a subsanar, el 30 de julio de 2019 la comisión evaluadora emitió dictamen de preadjudicación recomendando la adjudicación de la propuesta de Portesa S.A. por un monto de veintidós millones seiscientos once mil setecientos noventa y ocho pesos con dieciséis centavos (\$22.611.798,16) y desestimando las restantes ofertas (fs. 2). Destacó que para desestimar su oferta que -según refiere- era más conveniente que la de Portesa S.A. por ser sustancialmente inferior, en el aludido dictamen se indicó que DFE no cumplía con el estado de registración del proveedor ?toda vez que figura como desactualizado por mantención de formulario, siendo requisito del pliego que al momento de la preadjudicación los oferentes deben figurar en el estado de registros como inscriptos a los efectos de poder realizar su evaluación? (fs. 2). Sostuvo que en el dictamen se incurrió en una ilegitimidad ya que DFE estaba inscripta y que, en caso de requerirse una eventual actualización de sus datos en el RIUPP, la comisión evaluadora debió intimarla antes de la emisión del dictamen de preadjudicación. Afirmó que resultaba sugestivo que no se hubiera objetado la oferta de Portesa S.A. quien presentaba una situación análoga respecto de la registración ante el RIUPP (fs. 2). Continuó diciendo que el 2 de agosto de 2019 impugnó el dictamen de preadjudicación, pero señaló que su presentación fue tratada como una observación. Añadió que en la resolución 650/EATC/2019 se aprobó la licitación pública bajo análisis, se rechazó la impugnación efectuada por DFE y se adjudicó la propuesta del oferente Portesa S.A. (fs. 2 y vta.). Preciso

que el 8 de agosto del corriente realizó una nueva presentación en la cual solicitó que se revise el temperamento adoptado y acompañó una constancia en la cual acreditaba -según sus dichos- que DFE se encontraba inscrita en el RIUPP sin reservas. Manifestó que dicho requerimiento no fue tratado por las autoridades del Teatro Colón y que, transcurridos treinta (30) días hábiles, interpuso un pedido de pronto despacho (fs. 2 vta.). Entendió que el eventual perfeccionamiento o ejecución del contrato y la ostensible ilegitimidad del acto dan sustento a la medida cautelar peticionada (fs. 2 vta.). También fundó la procedencia de la medida cautelar requerida en los evidentes vicios de la resolución 650/EATC/2019 y reiteró que DFE estaba inscrita en el RIUPP y que su oferta económica era más baja que la del competidor adjudicado (fs. 3). Con sustento en los artículos 23 y 32 del Pliego de Bases y Condiciones Particulares de la licitación pública BAC 541/0880/LPU19 -en adelante, el pliego-, adujo que el dictamen de preadjudicación subvirtió las reglas aplicables por negarse a evaluar la oferta de DFE por supuestos defectos en el estado de inscripción en el RIUPP (fs. 4). Consideró que la oferta de DFE debió haber sido evaluada conforme a los parámetros establecidos en el pliego y, llegado el momento de emitir el dictamen de preadjudicación, de encontrarse un defecto formal no sustancial, se la debió intimar a subsanarlo (fs. 4 vta.). En esta línea, agregó que al momento del dictado de la resolución 650/EATC/2019 la Directora General del Teatro Colón se valió de argumentos falsos para evitar ponderar la oferta de DFE que era la más conveniente (fs. 5). Aludió al trato desigual que recibió en comparación con la situación de la empresa adjudicada y señaló que el estado de inscripción en el RIUPP de Portesa S.A. era "desactualizado por documentos vencidos" (fs. 6). Añadió que desconoce si Portesa S.A. fue intimada a subsanar ese aspecto de su oferta antes de la preadjudicación (fs. 5 vta./6). Por otro lado, reconoció que los artículos 33 y 34 del pliego prevén una garantía de impugnación pero entendió que dicho requisito es insustancial e inconstitucional y le resulta inaplicable (fs. 6). Cuestionó que el Teatro Colón haya desestimado la impugnación realizada por DFE en el dictamen de preadjudicación basándose en que se trataba de una mera observación y que, superado el dilema semántico, la Administración debió haber analizado el planteo efectuado para proteger el interés público comprometido. Sostuvo que con la deliberada omisión de tratar su impugnación el Teatro Colón arbitrariamente desconoció la verdad material al momento del dictado de la resolución 650/EATC/2019 (fs. 7 y vta.). Afirmó que el peligro en la demora se encuentra configurado ya que, aun con una resolución favorable en sede administrativa que declare la nulidad de la resolución 650/EATC/2019, la contratación podría haberse perfeccionado o ejecutado y con ello incurrir en un perjuicio fiscal (fs. 8). Manifestó que con la tutela requerida no sólo no se afecta el interés público sino que se lo estaría protegiendo al evitar un potencial perjuicio fiscal para la Administración "que se configuraría de perfeccionar el contrato aceptando una oferta más onerosa" (fs. 9 vta.). Para el supuesto en el que se decida sustanciar un traslado previo o requerir el expediente licitatorio, peticionó subsidiariamente el dictado de una medida precauteladora con el mismo alcance que la medida requerida en autos, hasta tanto se resuelva la tutela principal (fs. 10). Finalmente, ofreció prueba e hizo reserva del caso federal y de la cuestión constitucional.

II. Que a fs. 76 se intimó a la actora a que manifestara si deseaba integrar la litis en los términos del artículo 83 del CCAyT con Portesa S.A. (fs. 76). A fs. 78 la accionante respondió de modo negativo y, luego, a fs. 79 y vta., en razón de que la eventual resolución a dictarse la afectaría indefectiblemente, se convocó a Portesa S.A. de modo oficioso. Finalmente, se llamaron los autos a resolver (fs. 82).

III. Que todo sujeto que pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida cautelar debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (conf. Fallos: 323:337 y 329:4161, entre otros). La finalidad del proceso cautelar consiste en asegurar la eficacia práctica de la sentencia (conf. arg. art. 177, CCAyT) y la fundabilidad de la pretensión que constituye su objeto no depende de un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida, sino de un análisis de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido, lo cual permite que el juzgador se expida sin necesidad de efectuar un estudio acabado de las distintas circunstancias que rodean toda relación jurídica (conf. Fallos: 330:1261). Mediante su dictado se busca asegurar que, durante el lapso que inevitablemente transcurre entre el inicio del proceso y el dictado de la decisión final, no sobrevenga cualquier circunstancia que torne inoperantes los efectos de la resolución definitiva (conf. Palacio, Lino E., Derecho Procesal Civil, tomo VIII, 2da. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, ps. 4/7). Como resulta de la naturaleza de las medidas cautelares, ellas no exigen de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud (conf. Fallos: 330:5226). Asimismo, la verificación de la concurrencia del peligro en la demora requiere una apreciación atenta de la realidad comprometida, con el objeto de establecer cabalmente si las secuelas que lleguen a producir los hechos que se pretenden evitar pueden restar eficacia al reconocimiento del derecho en juego, operado por una posterior sentencia (conf. Fallos: 329:5160). Asimismo, la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación enseña que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando una decisión favorable altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado y configura un anticipo de jurisdicción respecto del fallo final de la causa (conf. Fallos: 329:4161).

IV. Que, en particular, respecto de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, el CCAyT prevé que

[?] las partes pueden solicitar la suspensión de la ejecución o del cumplimiento de un hecho, acto o contrato administrativo, en los siguientes supuestos: 1) Si dicha ejecución o cumplimiento causare o pudiere causar graves daños al/la administrado/a, el tribunal, a pedido de aquél/lla, puede ordenar a la autoridad administrativa correspondiente, la suspensión del cumplimiento del hecho, acto o contrato, en tanto de ello no resulte grave perjuicio para el interés público; 2) Si el hecho, acto o contrato, ostentare una ilegalidad manifiesta, o su ejecución o cumplimiento tuviera como consecuencia mayores perjuicios que su suspensión? (art. 189, CCAyT y conf. Sala I, ?Aguas Argentinas SA c/GCBA s/otros procesos incidentales?, expte. EXP 13.652/1, 27/06/2006 y ?Espósito José c/GCBA s/otros procesos incidentales?, expte. EXP 9.365/1, 22/03/2004). Si bien el Código procesal local contempla recaudos específicos para las medidas cautelares que persigan la suspensión de la ejecución de los actos administrativos, lo cierto es que los presupuestos que enumera el artículo 189 del CCAyT no hacen más que adaptar, al caso particular, los requisitos que la doctrina tradicionalmente ha señalado para la procedencia de las medidas cautelares. En efecto, la presencia de una ilegalidad manifiesta (conf. art. 189, inc. 2, CCAyT) incidirá en la verosimilitud del derecho alegado, mientras que los graves daños que podría causar al administrado la ejecución del hecho, acto o contrato (conf. art. 189, inc. 1, CCAyT) se relacionan con el peligro en la demora. Asimismo, el criterio jurisprudencial dominante coincide en la necesidad de una mayor prudencia a la hora de analizar la admisibilidad de este tipo de medidas, lo cual deriva de la presunción de legitimidad que emana de los actos de los poderes públicos y de la consideración del interés público en juego. V. Que puntualmente respecto del caso que nos ocupa, cabe recordar que las medidas cautelares autónomas son aquellas destinadas a obtener la suspensión judicial de un acto administrativo mientras se encuentra en trámite un recurso o reclamo administrativo. La medida cautelar autónoma se diferencia de la clásica medida cautelar en que no necesariamente se halla vinculada a un proceso de conocimiento posterior. En efecto, podría suceder que ese proceso no se inicie si quien presentó el recurso en sede administrativa tiene éxito en la impugnación realizada en dicha sede o bien que, aun habiendo fracasado en su intento impugnatorio, decidiera no iniciar el proceso judicial de nulidad o lo hiciera después de vencido el plazo de caducidad (conf. Comadira, Julio Rodolfo, El acto administrativo, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 148). En cuanto a los recaudos que hacen a su procedencia, si bien es habitual encontrar en la jurisprudencia que se las examine bajo los mismos recaudos de las medidas cautelares, ya sea a la luz del artículo 177 o 189 del código de forma local, cabe destacar que el artículo 12 del decreto 1510/97, luego de asentar que el acto administrativo goza de presunción de legitimidad y que los recursos que interpongan los administrados no suspenderán su ejecución y efectos, salvo norma expresa en contrario, prevé que ?la Administración podrá, de oficio o a pedido de parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, cuando la ejecución del acto traiga aparejados mayores perjuicios que su suspensión o cuando se alegare fundadamente una nulidad ostensible y absoluta?. Con relación a las medidas cautelares autónomas, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el criterio restrictivo que debe primar al evaluar los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias innovativas, cobra mayor intensidad en razón de que ?la cautela ha sido deducida de manera autónoma, de modo que no accede a una pretensión de fondo cuya procedencia sustancial pueda ser esclarecida en un proceso de conocimiento. En esas condiciones, la concesión de la medida cautelar constituye una suerte de decisión de mérito sobre cuestiones que no hallarán, en principio, otro espacio para su debate? (Fallos: 323:3075, ?Pesquera Leal?). VI. Que, concretamente, mediante el escrito de fs. 1/10 DF Entertainment S.A. procura que se ordene la suspensión de los efectos de la resolución 650/EATC/2019 y, con ello, el procedimiento de licitación pública BAC 541/0880/LPU19 ?cualquiera fuera el estado en el que se encuentre (incluso ante el perfeccionamiento del contrato)?, hasta tanto se resuelva el recurso que habría presentado la actora en sede administrativa (fs. 1). En síntesis, DFE cuestiona que el Teatro Colón no la haya intimado a subsanar un requisito, al que califica como formal y no sustancial, relativo a su estado de registración ante el RIUPP. Paralelamente, se queja del trato desigual que habría sido dispensado a la firma Portesa S.A. VII. Que, sin embargo, del análisis de la prueba aportada y de los argumentos esgrimidos por la parte actora no surge prima facie que esto haya sido así. En efecto, de la copia del dictamen de preadjudicación acompañado por la actora a fs. 49/50 vta. se desprende que el Teatro Colón a través del portal denominado Buenos Aires Compra - en adelante, BAC- requirió a DFE determinada documentación que no habría sido presentada (vgr. índices de la estructura de costos y adjuntar determinada información sobre los puntos de venta según fuera manifestado en el plan de trabajo; ver fs. 49). Es decir que, contrariamente a lo manifestado por la actora, la Administración habría intimado a DFE -y a otras dos oferentes- a subsanar determinados requisitos previo a emitir el dictamen de preadjudicación y -siempre según surge de la copia del dictamen- las tres firmas habrían cumplido en tiempo y forma con lo requerido. VIII. Que de la lectura del dictamen también surge que DFE no cumplía con ?el estado de registración del proveedor, toda vez que figura como desactualizado por mantención de formulario, siendo requisito del pliego que al momento de la preadjudicación los oferentes deben figurar en el estado de registros como inscriptos a los efectos de poder realizar su evaluación, por lo que su oferta debe ser descartada? (fs. 49, énfasis agregado). Ello así, si bien DFE entiende que debió haber sido intimada a subsanar dicha deficiencia referida a su estado de registración en el RIUPP hasta el momento de la adjudicación (ver fs. 2, primer párrafo), lo cierto es que la

normativa aplicable a la licitación -entre ellos, el artículo 32 del pliego referenciado por la propia actora- exige el cumplimiento de ciertos requisitos al tiempo de la preadjudicación. Cabe destacar aquí que la referencia y transcripción normativa que efectúa la actora en su escrito de inicio no es fidedigna ya que cuando cita el artículo 32 del pliego alude -tal vez por un error involuntario- a la adjudicación en lugar de a la preadjudicación. En efecto, el Pliego de Bases y Condiciones Particulares para la adquisición del 'Servicio de emisión, administración y venta de localidades para el Teatro Colón' (conf. anexo I, disposición 31/DGRHEATC/19, publicada en el B.O.C.A.B.A. N° 5.639, del 14/06/2019) establece en su artículo 32 'Preadjudicación' que 'para ser preadjudicado, el oferente debe encontrarse inscripto en el Registro Informatizado Único y Permanente de Proveedores (RIUPP) que se desprende de la página del sistema BAC' (destacado agregado). Es decir que la manifestación vertida por la parte actora relativa a que debió haber sido intimada a subsanar la deficiencia referida a su estado de registración con anterioridad a la adjudicación aparece, liminarmente, como simple voluntarismo de su parte, sin un asidero legal que lo sustente. IX. Que, por otro lado, la inscripción en el RIUPP no parece ser un mero requisito no formal sino que, por el contrario, posee una trascendental relevancia. En este sentido, el artículo 22 de la ley 2095 de Compras y Contrataciones de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires prevé que '[e]n el Registro Informatizado Único y Permanente de Proveedores deben inscribirse los proveedores de bienes y servicios que deseen contratar con el Sector Público de la Ciudad de Buenos Aires (...). La inscripción en el Registro es condición indispensable para contratar con los órganos establecidos en el artículo 2° de la presente ley?'. Así también lo entendió la doctrina especializada en la materia en cuanto afirmó con relación al RIUPP que '[e]n este registro deben estar inscriptos todos aquellos proveedores que pretendan contratar con los organismos que forman parte del sistema. Resulta esta, en principio, una condición indispensable para contratar con el Estado' (Carballo, Federico H.; Rabinovich, Alejandro, El sistema de compras y contrataciones de la C.A.B.A., Análisis doctrinario, jurisprudencial y normativo, Jusbaire, Buenos Aires, 2016, p. 71). X. Que, desde otra óptica, el artículo 8 de la ley 2095 referido a la subsanación de deficiencias insustanciales no parece, en este estado incipiente del proceso, haber sido vulnerado por parte de la Administración. De la lectura del dictamen de preadjudicación surge que la Administración habría ponderado que DFE -junto con otros dos oferentes, Bren S.R.L. y Liveticket S.A.- no cumplía con un requisito trascendente (vgr. su estado de registración en el RIUPP), lo cual habría llevado a que su oferta -al igual que otras ofertas de otras dos firmas - fuera descartada (ver fs. 49). XI. Que, llegado este punto, corresponde tener presente la diferencia entre dos supuestos de hecho distintos: uno, no estar efectivamente inscripto en el RIUPP y otro, no tener la constancia de inscripción ante el RIUPP. Con relación a ello, es dable resaltar que la documental aportada por la actora da cuenta de la inscripción de DFE en el BAC a partir del 8 de agosto de 2019. En concreto, a fs. 61 en un correo electrónico con fecha 8 de agosto de 2019, a las 12.10 hs., se informó que 'a partir de este momento su empresa DF Entertainment S.A., queda en estado 'Inscripta' en Buenos Aires Compras?'. Así, es de hacer notar que, de las constancias aportadas por la actora surge prima facie que DFE habría obtenido su inscripción en el BAC recién el 8 de agosto del corriente, esto es un día después de que fuera sido dictada la resolución 650/EATC/2019 que adjudicó la licitación a Portesa S.A. y, lógicamente, con posterioridad al dictado del dictamen de preadjudicación que fuera impugnado/observado por la actora en sede administrativa el 2 de agosto de 2019, según surge de la presentación obrante a fs. 53/55 vta. XII. Que, desde otro ángulo, no se encuentra acreditado en autos que Portesa S.A. haya estado en una situación análoga a la esgrimida por DFE. Las copias anejadas a fs. 43/44 por la actora relativas a Portesa S.A. únicamente reflejarían que al 19 de junio de 2019 el proveedor se hallaba con un estado 'desactualizado por documentos vencidos' (fs. 43). Nótese que cualquier estado de situación de Portesa S.A. existente al 19 de junio del corriente, esto es, anterior siquiera al acto de apertura del 24 de junio de 2019 (ver considerandos, res. 650/EATC/2019) no lleva a considerar sin más, como parece hacerlo DFE, que haya merecido un trato desigual por parte de la Administración. A ello se suma que tampoco se acompañó la misma prueba de la que intenta valerse la actora para comparar la supuesta situación análoga de Portesa S.A. pero referida a DFE, lo que hubiera permitido cotejar la alegada similitud. Por lo tanto, no se observa prima facie que se hubiera vulnerado el principio de igualdad entre las partes esgrimido en el escrito de inicio. XIII. Que, en suma, los argumentos expuestos por la actora, en el marco de conocimiento propio de este tipo de medidas, no han logrado demostrar que la resolución 650/EATC/2019 ostente prima facie una ilegalidad o arbitrariedad manifiesta. Máxime, teniendo en cuenta que el solicitante dijo no poder precisar el estado de avance del proceso licitatorio, deslizado incluso que el contrato ya podría estar perfeccionado y en etapa de ejecución, situación que impone extremar la prudencia a la hora de analizar los recaudos de admisibilidad de la medida requerida so riesgo de afectar el interés público en juego. En atención a lo expuesto, SE RESUELVE:

1. Rechazar la medida cautelar autónoma peticionada por DF Entertainment S.A. 2. Sin especial imposición de costas toda vez que no medió contradicción. Regístrese, notifíquese y, oportunamente, archívese. Correlaciones

[Parpagnoli, Máximo y otros c/GCBA s/amparo \(art. 14, CCABA\)](#) - Juzg. Cont. Adm. y Trib. N° 13 - 12/07/2017- Cita digital:

IUSJU019488E

044044E