



Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
72318/2018CA1 ABC SA c/ EN - INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS
FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD s/ MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

///nos Aires, 12 de marzo de 2019.

VISTO:

El recurso de apelación interpuesto por el Instituto de Obra Social de las Fuerzas Armadas (IOSFA) a fs. 315/331 contra la resolución de fs. 294/300, que hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la parte actora; y

CONSIDERANDO:

1º) Que, el 15 de noviembre de 2018, el juez de grado hizo lugar a la medida cautelar *anticipada* solicitada por la parte actora y suspendió los efectos de las resoluciones RESFC-2018-18-APN- #IOSFA, del 26 de julio de 2018, y IOSFA-RESFC-2018-20-APN-D#IOSFA, del 22 de agosto de 2018, ambas dictadas en el marco de la Licitación Pública 7/2017; de las resoluciones RESFC-2018-23-APN-D#IOSFA, del 22 de agosto de 2018, y IOSFA-RESFC-2018-25-APN-D#IOSFA, del 3 de octubre de 2018, ambas dictadas en la Licitación Pública 8/2017; y la resolución RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA, del 3 de octubre de 2018, dictada en la Licitación Pública 10/2017. Todo ello, previa caución real de \$1.500.000 y hasta tanto se dicte sentencia de fondo, o bien, se cumpla el plazo de 6 meses. Cabe aclarar que el proceso principal fue iniciado, el 5 de diciembre de 2018 (conf. consulta sistema lex100). En lo sustancial, el magistrado fundó su pronunciamiento en los argumentos expuestos en oportunidad de ordenar una medida cautelar *autónoma* hasta el agotamiento de la vía administrativa (causa 65644/2018, resol. del 12/10/18), a cuyos términos se remitió para evitar reiteraciones, toda vez que —según aludió— las resoluciones que rechazaron los recursos administrativos se limitaron a repetir lo expuesto en las instancias anteriores (fs. 294/300).

En aquella ocasión, el *a quo* había verificado la efectiva configuración de la verosimilitud del derecho de la accionante a participar del procedimiento de licitación y los indicios serios y graves de la ilegitimidad invocada, en la medida en que las resoluciones cuestionadas carecerían de causa y de motivación. En este sentido, destacó que, si bien en las licitaciones 7 y 8 se declararon formalmente inadmisibles las ofertas de la actora, en razón de no cumplir —al momento de apertura de sobres— con la presentación del Certificado de Inscripción en el Registro Nacional de Droguerías Habilitadas, lo cierto es que aquélla había presentado la constancia del pedido de renovación, que había sido solicitada con suficiente antelación a la fecha de





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
72318/2018CA1 ABC SA c/ EN - INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD s/ MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)

vencimiento. Asimismo, destacó que la actora acompañó el aludido certificado vigente cuando fue intimada al efecto, el cual fue otorgado con la salvedad de que la demora había obedecido a problemas operativos del aludido registro. También ponderó el peligro en la demora, toda vez que la denegatoria de la tutela permitiría la continuidad del procedimiento y consecuente adjudicación de la orden de compra a un tercero, lo cual tornaría abstracto el proceso. Finalmente, descartó que la medida pudiere afectar el interés público, el cual, por el contrario, entendió resguardado por la tutela, a tenor de los indicios serios y graves sobre la ilegalidad de la exclusión de la actora (fs. 283/298).

2º) Que el recurrente se agravió de la ponderación efectuada respecto de la verosimilitud del derecho de la actora, ya que se encuentra reconocido el incumplimiento del recaudo en cuestión (Certificado de Inscripción en el Registro Nacional de Droguerías Habilitadas) *al momento de la apertura de sobres*, circunstancia que exige el temperamento adoptado, en resguardo del principio de igualdad entre oferentes. Asimismo, destacó que la mera solicitud de renovación del certificado referido no habilita a una droguería a funcionar y distinguió tal incumplimiento de otros aspectos secundarios o detalles que admiten subsanación mediante posterior intimación; máxime cuando la reinscripción no se otorgó retroactivamente. Por su parte, señaló la falta de acreditación de las gestiones para instar el urgente despacho de la certificación pretendida y deslindó la responsabilidad del IOSFA en la demora del registro. También cuestionó que la tutela no afectase el interés público, ya que el aspecto económico no es el único que debe ponderarse para la elección del mejor oferente. En este punto, presagió que la decisión judicial provocaría el reclamo de daños y perjuicios por parte de otros oferentes que cumplieron los recaudos del pliego en tiempo y forma. Asimismo, controvirtió la efectiva configuración del peligro en la demora, a tenor del diferente estado de trámite de los tres procedimientos involucrados y aclaró que la licitación 8/2017 ya se encuentra concluida, dado que se emitieron las órdenes de compra, situación que generó derechos subjetivos en favor de un tercero que no ha sido citado a este proceso. Finalmente, destacó que el accionante omitió pedir la suspensión en sede administrativa de la resolución RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA, dictada en la Licitación Pública 10/2017 (fs. 315/331).

En oportunidad de contestar el traslado del memorial, la parte actora reivindicó la configuración de todos los recaudos para la procedencia de la





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
72318/2018CA1 ABC SA c/ EN - INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD s/ MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)

tutela e insistió en que la demora del registro mucho menos podría ser imputable a su parte, ajena al Estado Nacional. También entendió que el pedido de suspensión del acto dictado en la Licitación 10/2018 configuraría un ritualismo inútil (fs. 333/337).

3º) Que, antes de tratar el recurso, conviene reseñar el objeto de los actos cuya ejecutoriedad se encuentra cautelarmente suspendida, correspondientes a las licitaciones 7/2017, 8/2017 y 10/2017, respectivamente.

La resolución RESFC-2018-18-APN- #IOSFA, del 26 de julio de 2018, aprobó la preselección de los oferentes correspondientes a la licitación 7/2017 y declaró inadmisibles las ofertas de la actora por no presentar el certificado en cuestión vigente a la fecha de apertura de sobres (fs. 105/106); mientras que la resolución IOSFA-RESFC-2018-20-APN-D#IOSFA, del 22 de agosto de 2018, rechazó el recurso de reconsideración (fs. 107/108).

La resolución RESFC-2018-23-APN-D#IOSFA, del 22 de agosto de 2018, aprobó la adjudicación de la Licitación Pública 8/2017 a las firmas allí indicadas y dispuso la emisión de las órdenes de compra (fs. 39/43), tarea que se cumplió, el 29 de agosto de ese año (fs. 46/55); mientras que la resolución IOSFA-RESFC-2018-25-APN-D#IOSFA, del 3 de octubre de 2018, rechazó el recurso de reconsideración, que la actora había deducido contra el acto que declaró inadmisibles sus ofertas (fs. 138/139).

Finalmente, la resolución RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA, del 3 de octubre de 2018, aprobó la preselección de los oferentes correspondientes a la licitación 10/2017 y declaró inadmisibles las ofertas de la actora por no presentar el certificado en cuestión vigente a la fecha de apertura de sobres (fs. 175/176).

También cabe precisar que los pliegos de bases y condiciones particulares dan cuenta de licitaciones de doble sobre, que sólo permiten la comparación de las ofertas económicas (sobre B) de aquellas empresas que hayan superado la evaluación técnica (sobre A). En este sentido, no se encuentra controvertido que las licitaciones 7/2017 y 10/2017 se hallan en etapa de preselección (sobre A), mientras que en la licitación 8/2017 ya se procedió a la apertura del sobre B y se adjudicó a la oferta más conveniente entre las preseleccionadas.

4º) Que corresponde tratar en forma separada los procedimientos de selección cuestionados, atento a que se encuentran en diferentes estados y ello





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
72318/2018CA1 ABC SA c/ EN - INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD s/ MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)

incide sobre la procedencia, o no, de los pedidos cautelares y de los agravios de la parte recurrente.

Tal como se adelantó, la **licitación 8/2017** ya fue adjudicada y notificada la orden de compra, circunstancia que obsta al otorgamiento de la tutela, al menos en los términos solicitados, ya que se habría perfeccionado el contrato administrativo y consumado la frustración del derecho invocado por la accionante. En otras palabras, si el procedimiento competitivo concluyó, su eventual derecho a participar en él se agotó irremediabilmente, siendo inoficiosa una medida cautelar suspensiva a efectos de asegurar el objeto del pleito en tal sentido (art. 3, inc. 1º, *in fine*, ley 26.854).

Por otra parte, la suspensión de un contrato de suministro de medicamentos tiene tal impacto en el interés público que obsta a la procedencia de la medida pretendida (art. 13, inc. 1º, ap. d, ley 26.854). En efecto, el gravamen (patrimonial, a esta altura) que produciría a la actora la ejecución del contrato si al cabo del proceso fuera declarada ilegítima su exclusión del procedimiento de selección, respecto de aquél que resultaría de su suspensión temporal (desabastecimiento de medicamentos contra la diabetes destinados a los afiliados del IOSFA), en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión, arroja un saldo desfavorable a la concesión de la medida.

Sobre dicha base, habrá de admitirse parcialmente el recurso y revocarse la resolución apelada en relación con las resoluciones RESFC-2018-23-APN-D#IOSFA, y IOSFA-RESFC-2018-25-APN-D#IOSFA, referidas a la licitación 8/2017.

5º) Que, por el contrario, las **licitaciones 7/2017 y 10/2017** se encuentran en estado de preselección, en la medida en que sólo se abrieron las propuestas técnicas contenidas en el sobre A; es decir, que la demandada se limitó a separar aquellas ofertas que superaron los requisitos técnicos y administrativos (arts. 1º y 4º de la resolución RESFC-2018-18-APN-#IOSFA y arts. 1º y 2º de la resolución RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA), de aquéllas que no superaron tales recaudos (art. 2º de la resolución RESFC-2018-18-APN-#IOSFA, y art. 3º de la resolución RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA), a los efectos de habilitar la apertura del sobre B exclusivamente respecto de las primeras (conf. art. 16 del pliego de bases y condiciones particulares obrante a fs. 88/vta/94/vta).





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
72318/2018CA1 ABC SA c/ EN - INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD s/ MEDIDA CAUTELAR (AUTONOMA)

Tal situación permitiría, a diferencia de lo que ocurre con la licitación 8/2017 ya concluida y *en caso de verificarse los recaudos para su procedencia*, el dictado de algún tipo de medida cautelar que evite justamente aquella frustración del invocado derecho a participar en el procedimiento, así como la consolidación de derechos en favor de terceros, pero sin afectar el interés público (art. 3º, inc. 3, ley 26.854).

En este sentido, la suspensión *integral* de los actos administrativos cuestionados involucra un perjuicio al interés público similar a la reseñada en el considerando anterior, en la medida en que obsta a la prosecución del procedimiento de selección e implica una extensa demora en la provisión de medicamentos oncológicos y contra el HIV destinados a los afiliados del IOSFA.

A fin de sortear tal obstáculo, tarea que la ley pone en cabeza del juez (art. 3º, inc. 3, ley 26.854), sólo sería posible, en caso de que se verifiquen los recaudos para su procedencia, *limitar la suspensión del acto a los artículos que excluyen a la actora de la preselección* (art. 2º de la resolución RESFC-2018-18-APN-#IOSFA, y art. 3º de la resolución RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA), permitiendo de este modo la continuidad del procedimiento competitivo y la apertura del sobre B, y ordenar también cautelarmente la participación de la actora en la esta última etapa, así como la comparación de su oferta económica con el resto de los oferentes preseleccionados (conf. art. 16 del pliego de bases y condiciones particulares obrante a fs. 88/vta/94/vta; y esta Sala, causa n° 63609/2017/1/CA1 “Abarca”, resol. del 21/11/17).

Tal temperamento exige atribuir a la tutela requerida un carácter innovativo, en la medida en que implicaría, además de la suspensión (parcial) del acto que dispuso (entre otras cosas) la exclusión de la actora, una orden precautoria dirigida a la demandada a fin de que permita la apertura del sobre B de esta última, circunstancia que justifica su encuadramiento en los recaudos de admisibilidad más rigurosos del art. 14 de la ley 26.854, referidos a la medida positiva.

6º) Que, ello sentado, el recurrente no ha siquiera controvertido que la continuidad de las licitaciones 7/2018 y 10/2018, a tenor de la aludida inadmisibilidad formal de la oferta de la parte actora, frustraría de modo irreversible en su integridad y naturaleza el derecho (verosímil, como se verá) de esta última a participar en la licitación, toda vez que tal procedimiento





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
72318/2018CA1 ABC SA c/ EN - INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS
FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD s/ MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

culminaría en la consolidación de un derecho en favor de un tercero (conf. consid. 4º). Ello resulta suficiente para configurar el *perjuicio grave de imposible reparación ulterior* invocado por la recurrente, con el alcance antes indicado (art. 14, inc. 1º, ap. c, ley 26.854).

7º) Que, asimismo, la parte recurrente no logra desvirtuar el sólido desarrollo argumental desplegado en la instancia de origen en torno a la efectiva configuración de la *inobservancia clara e incontestable del deber jurídico, concreto y específico* de permitir a la actora su continuidad en las licitaciones 7/2017 y 10/2017, así como la *fuerte posibilidad* de que su derecho a la apertura del sobre B exista (art. 14, inc. 1º, ap. a y b, ley 26.854), ya que se encuentra acreditado en autos que el certificado en cuestión fue solicitado por el interesado con la debida anticipación a la fecha de vencimiento ante otro organo dependiente del mismo Estado Nacional, quien reconoció expresamente una demora imputable a su parte, y fue emitido después de la apertura de sobres pero antes del acto de preselección. En este sentido, el juez de grado tuvo por acreditada la presentación del certificado vigente cuando fue intimado por la parte demandada.

Las particulares circunstancias antes referidas exigirían —*prima facie*— la subsanación del recaudo aludido, cuyo cumplimiento, aunque tardío, no obstaría *per se* a su adjudicación, en caso de que la actora observase el resto de los requisitos y resultase la oferta más conveniente.

En efecto, el 19 de abril de 2018, la Dirección Nacional de Habilitación, Fiscalización y Sanidad de Fronteras, *extendió el certificado que acredita el cumplimiento de la actora de todos los requisitos exigidos por la resolución 1644/08*, oportunidad en la que dejó expresa constancia de la oportuna presentación de la solicitud de reinscripción, el 31 de octubre de 2017, así como de la imposibilidad de materializarla dentro del plazo establecido “*por razones operativas*” (fs. 146/149). Por su parte, la demandada intimó a su presentación, el 12 de julio de 2018 (fs. 30), lo cual fue cumplido, el 17 de julio de ese año (fs. 32). Por su parte, las resoluciones que aprobaron la preselección de las licitaciones 7/2017 y 10/2017 y declararon inadmisibles las ofertas de la actora, por no presentar el certificado en cuestión vigente a la fecha de apertura de sobres, se dictaron el 26 de julio de 2018 y el 3 de octubre de 2018, respectivamente.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
72318/2018CA1 ABC SA c/ EN - INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS
FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD s/ MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)

8º) Que, a tenor del alcance propiciado, tampoco asiste razón al apelante en punto a la afectación del interés público de la tutela precautoria (art. 14, inc. 1º, ap. d, de la ley 26.854), antes bien, parece protegerlo, en la medida en que favorece la concurrencia de prestadores (esta Sala, causa 56921/2017/CA1 “La Veloz del Norte SA”, resol. del 10/5/18).

Tampoco produce efectos jurídicos o materiales irreversibles, ya que en modo alguno implica la adjudicación a la actora, sino solamente su continuidad en el procedimiento competitivo (art. 14, inc. 1º, ap. e de la ley 26.854); máxime cuando es bien sabido que los oferentes en un procedimiento de selección no tienen derecho adquiriro a la adjudicación del contrato.

La provisionalidad del examen antecedente no permite descartar *a priori*, tal como sostiene el recurrente, una hipotética afectación a otros oferentes, en caso de que la actora resultara eventualmente adjudicataria. Ello exige ponderar tanto el gravamen que produciría la ejecutoriedad de los actos que excluyen a la actora del procedimiento, si al cabo del proceso fuera declarado ilegítimo, como aquél que resultaría de su suspensión y participación de aquélla en la licitación, en el supuesto de arribarse a una sentencia adversa a la pretensión. A diferencia de la ponderación efectuada en el considerando 4º en relación con la licitación 8/2017, este balance arroja un saldo favorable al otorgamiento de la tutela respecto de las licitaciones 7/2017 y 10/2017, con el alcance propiciado, a tenor de lo expuesto en el considerando anterior en relación con la verosimilitud del derecho.

9º) Que tampoco merece acogimiento el agravio vinculado a la omisión de un previo pedido de suspensión en sede administrativa de la resolución RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA, dictada en el marco de la Licitación Pública 10/2017, ya que sus términos son análogos al dictado en el marco de la Licitación Pública 8/2017 y la demandada ya rechazó el recurso presentado contra este último, circunstancia que —sumada al tenor de la contestación del art. 4º de la ley 26.854 y del memorial, determina que la remisión a la sede administrativa constituiría un ritualismo inútil del que cabe prescindir (esta Sala, arg. causa nº 39021/2012/CA1, “Pelaez”, resol. del 6/10/16; entre muchos otros). En tales condiciones, la improcedencia de la medida, por resultar prematura, conduciría a un resultado de excesivo rigor formal, con afectación del derecho a la tutela cautelar efectiva.





Poder Judicial de la Nación

CAMARA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL- SALA IV
**72318/2018CA1 ABC SA c/ EN - INSTITUTO DE OBRA SOCIAL DE LAS
FUERZAS ARMADAS Y DE SEGURIDAD s/ MEDIDA CAUTELAR
(AUTONOMA)**

Por todo lo expuesto, el tribunal **RESUELVE**: rechazar parcialmente el recurso y confirmar la sentencia apelada en cuanto suspende el art. 2º de la resolución RESFC-2018-18-APN-#IOSFA, y la resolución IOSFA-RESFC-2018-20-APN-D#IOSFA, ambas dictadas en el marco de la Licitación Pública 7/2017, y el art. 3º de la resolución RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA dictada en el marco de la Licitación Pública 10/2017; y revocarla en cuanto suspende las resoluciones RESFC-2018-23-APN-D#IOSFA, y IOSFA-RESFC-2018-25-APN-D#IOSFA, ambas dictadas en el marco de la Licitación Pública 8/2017, así como el resto de los arts. de las resoluciones RESFC-2018-18-APN-#IOSFA y RESFC-2018-26-APN-D#IOSFA. Con costas de esta instancia en un 70% a la demandada y un 30% a la actora, en atención al vencimiento parcial y mutuo (art. 71, CPCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

JORGE EDUARDO MORÁN

MARCELO DANIEL DUFFY

ROGELIO W. VINCENTI

