RECURSO 288/2015
RESOLUCIÓN M.C. 4/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 20 de enero 2016

Vista la solicitud medida provisional formulada por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGIA SANITARIA (FENIN) referente a la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Gestión del servicio público de diálisis domiciliaria de la provincia de Cádiz" (Expte. 270/2015) (CCA.6--YZC9) convocado por el Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar, dependiente del Servicio Andaluz de Salud, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 23 de diciembre de 2015, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por la FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGIA SANITARIA (FENIN) contra los pliegos que rigen la licitación, por procedimiento abierto, del contrato citado en el encabezamiento de esta Resolución.

En su escrito la recurrente solicita la suspensión del procedimiento en base a lo dispuesto en el artículo 44.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de

14 de noviembre, en conexión con el artículo 43 de mismo Texto Refundido, en base a las siguientes alegaciones:

- En el escrito de recurso se ponen de manifiesto diversas infracciones legales que no sólo aconsejan sino que imponen la suspensión del procedimiento de adjudicación, en este sentido las previsiones de los pliegos impugnadas incurren en infracciones manifiestas que contaminarían y perturbarían una correcta articulación del procedimiento de adjudicación del contrato, lo que incidiría a la postre en el contrato que se pudiera formalizar y con el que se consolidaría la ilegalidad invocada en dicho recurso.
- Los daños que la continuación del procedimiento irroga a los potenciales licitadores y la inexistencia de perjuicios para el interés público, siendo el propio interés general el que demanda la suspensión de un procedimiento que aquejado de vicios que comprometen indefectiblemente su validez, generará actuaciones y gastos para los potenciales licitadores con las eventuales reclamaciones a que ello pueda dar lugar con posterioridad .
- El indudable interés público de una actividad que afecta directamente a la sanidad pública se protege suspendiendo el procedimiento de adjudicación, habida cuenta el carácter manifiesto de las infracciones legales invocadas y los riesgos que entraña la continuación del procedimiento.
- La ausencia de perjuicio para el interés general, estando las necesidades de los pacientes hasta la fecha perfectamente cubiertas con el servicio vigente, pudiendo seguir estándolo.

SEGUNDO. El 28 de diciembre de 2015, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación, entre otra documentación, las alegaciones oportunas sobre la suspensión solicitada por la entidad recurrente.

El 11 de enero de 2016, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal informe del órgano de contratación relativo a la suspensión. En dicho informe se solicita la no

adopción de la medida de suspensión del procedimiento en base a las siguientes manifestaciones:

- En relación a los requisitos legales para la suspensión, Fumus Boni Iuris, Periculum in mora y cumplimiento *in integrum* de la Sentencia, señala el órgano de contratación que respecto a la solicitud de cautela la jurisprudencia no es unánime, encontrándonos por un lado la tesis más general según la cual en la pieza de suspensión no pueden ser analizadas, en principio, cuestiones que aludan a la legalidad del acto de que se trate por referirse al fondo del asunto a analizar en los autos principales, y por otro lado está la tesis según la cual la doctrina del fumus boni iuris es de aplicación en los siguientes casos:

a) Procesos en los que el acto objeto de impugnación es idéntico a actos sobre cuya ilegalidad se ha pronunciado favorablemente a las pretensiones del demandante el mismo órgano jurisdiccional.

b) Actos de aplicación de una norma reglamentaria sobre la que ha recaído sentencia de contenido anulatorio.

c) Casos en que la suspensión de la ejecución del acto se solicita existiendo ya una sentencia en instancia estimatoria de la pretensión principal.

Considera el órgano de contratación que en el presente caso no nos encontramos en ninguno de dichos supuestos.

Asimismo, el órgano de contratación entiende que dado el tipo contractual en el que nos encontramos, el Tribunal debe valorar la lesión que se ocasiona con su suspensión hasta la resolución, además del interés público tutelado (la salud), poniendo de manifiesto los perjuicios económicos que una posible estimación de la medida provisional le causarían; en este sentido señala que el coste actual de los servicios afectados por el presente recurso se verá reducido por la aplicación de los menores precios fijados en la licitación y además la adjudicación supondrá una rebaja

adicional a los costes planteados, por lo que los porcentajes de ahorro introducidos por la reducción en los precios de la licitación, así como las mejoras introducidas en los requisitos técnicos necesarios para ejecutar el contrato con respecto a las prescripciones vigentes, repercuten en una mejora en la atención sanitaria y en consecuencia, en la salud de la población atendida.

Por otro lado, desde la reforma del artículo 135 de la Constitución Española, se introduce la adecuación de las actuaciones de las Administraciones Públicas al principio de estabilidad presupuestaria, haciéndose depender el cálculo de los nuevos costes contractuales tanto de la garantía del principio de estabilidad presupuestaria establecido en la Constitución, como de los principios de control y racionalización del gasto establecido por la Junta de Andalucía.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La entidad recurrente solicita la medida provisional en su escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación. Es por ello que ha de estarse para su tramitación a lo dispuesto en el artículo 46.3 que, a su vez, remite al artículo 43.2, ambos del TRLCSP, habiendo presentado el órgano de contratación las correspondientes alegaciones sobre la medida solicitada con carácter previo al dictado de la presente resolución.

SEGUNDO. Las medidas provisionales, como señala el artículo 43.1 del TRLCSP, irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

Al respecto, **la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea** no ha tenido oportunidad de pronunciarse con frecuencia sobre la adopción de

medidas cautelares en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos, si bien los escasos pronunciamientos resultan de enorme interés. En este sentido, en el asunto C-424/01 (ATJ de 9 de abril de 2003), el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la ponderación que debe llevarse a cabo para justificar la adopción de la medida, indicando que la Directiva 89/665/CEE no prohíbe la previa ponderación de las posibilidades de que, con posterioridad, pudiera prosperar una pretensión de anulación de la decisión de la entidad adjudicadora con base en su ilegalidad, por lo que queda en manos del Derecho nacional la regulación de esta exigencia.

Ciertamente, la regulación de las medidas provisionales en la legislación de contratos públicos no define los parámetros a tener en cuenta para su adopción o denegación. Es por ello que debe acudirse con carácter supletorio a lo dispuesto en el artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común sobre suspensión de la ejecución del acto impugnado y a la propia doctrina del Tribunal Supremo en la materia –se citan las Sentencias de 25 de febrero de 2011 y de 26 de septiembre de 2011 (RJ 2011\11\1653 y RJ 2011\7212) -, pues los principios asentados por el Alto Tribunal con relación al proceso cautelar, cabe entenderlos de aplicación en el marco de este procedimiento.

Así, el Tribunal Supremo señala que toda decisión sobre las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que puede resumirse en los siguientes puntos:

- **Necesidad de justificación o prueba, aún incompleta,** de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida. La mera alegación sin prueba no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.

- **El periculum in mora**: es decir, la medida ha de ir encaminada a asegurar que la futura resolución del procedimiento principal pueda llevarse a la práctica de modo útil.

- **Ponderación de los intereses concurrentes**: se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar o no la suspensión según el grado en que dicho interés esté en juego. En definitiva, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto.

- **La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris):** supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares, si bien la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene limitando, tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998, la aplicación del principio a aquellos supuestos en que el acto impugnado evidencia un error de tal naturaleza y magnitud que en sí mismo es causa suficiente para provocar la suspensión de la ejecución del acto, sin necesidad de aventurarse en enjuiciamientos más profundos, propios ya de un análisis de fondo.

TERCERO. En el supuesto analizado por este Tribunal, la recurrente justifica la medida de suspensión solicitada alegando, entre otras razones, la apariencia de buen derecho que se desprende del propio escrito de recurso, el perjuicio que la continuación del procedimiento irroga a sus intereses y a los de otros potenciales licitadores, así como la ausencia de perjuicio para el interés general.

El órgano de contratación se opone a la suspensión solicitada alegando la inaplicabilidad al presente caso de la doctrina del fumus boni iuris, así como el interés público tutelado (la salud) y el grave perjuicio económico que ocasionaría al órgano de contratación la adopción del acuerdo de suspensión.

A la vista de lo anterior este Tribunal considera que a los solos efectos de la tutela cautelar y sin perjuicio del ulterior análisis de fondo de los motivos del recurso que se efectúe en el procedimiento principal, la suspensión de la licitación es el mejor remedio para asegurar la eficacia de la resolución del recurso en caso de una eventual estimación del mismo.

Por todo lo expuesto, este Tribunal,

ACUERDA

Adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por la entidad FEDERACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE TECNOLOGIA SANITARIA (FENIN) en su escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto contra contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado "Gestión del servicio público de diálisis domiciliaria de la provincia de Cádiz" (Expte. 270/2015) (CCA.6--YZC9), convocado por el Director Gerente del Hospital Universitario Puerta del Mar, dependiente del Servicio Andaluz de Salud.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la resolución que se dicte en el procedimiento principal de recurso.