RECURSO 4/2017
RESOLUCIÓN M.C. 8/2017

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

Sevilla, 24 de enero de 2017

VISTA la medida provisional formulada por **JESÚS PRIETO BARROSO** referente a la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de redacción de proyecto básico y de ejecución y estudio de seguridad y salud, dirección de obra, dirección de ejecución de obra, coordinación de seguridad y salud y estudio geotécnico para la reforma y adecuación del IES La Rábida, Huelva." (Expte. 00091/ISE/2016/SC), en relación al Lote 2, tramitado por la Agencia Pública Andaluza de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 10 de enero de 2017, ha tenido entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación, presentado por Jesús Prieto Barroso contra su exclusión del procedimiento acordada por la mesa de contratación, en sesión celebrada el 19 de diciembre de 2016 y notificada con igual fecha.

En el escrito de recurso solicita que se suspenda la apertura del sobre nº3 correspondiente a la documentación relativa a los criterios de adjudicación

valorados mediante fórmulas.

SEGUNDO. Mediante oficio, de 12 de enero de 2017, la Secretaría del Tribunal requirió al órgano de contratación para que remitiera, entre otra documentación las alegaciones en relación a la medida provisional de suspensión instada por la recurrente, recibiéndose la documentación solicitada el 17 de enero de 2017.

En ellas, el órgano de contratación pone de manifiesto su oposición a la medida solicitada, entendiendo que no procede la suspensión del procedimiento de adjudicación del Lote 2, alegando la falta de concurrencia de los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para acordar la suspensión del acto administrativo impugnado, como son:

- La necesidad de justificación o prueba, no acreditando la recurrente los perjuicios derivados del acto combatido.
- Periculum in mora o perdida de la finalidad legítima del recurso, creando situaciones jurídicas irreversibles, haciendo ineficaz la resolución que se dicte en caso de estimarse el recurso. Circunstancia esta no alegada por la recurrente y que no concurre en el presente caso, toda vez que si se anulase la exclusión controvertida se podría restituir la situación fáctica y jurídica del lote licitado mediante la anulación de la adjudicación efectuada y la determinación de la indemnización que fuera procedente.
- Apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) en la solicitud de la recurrente, que entiende el órgano de contratación no concurre.
- Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto.
- Ponderación de los intereses concurrentes. En el presente caso, la recurrente no aclara los supuestos perjuicios que la denegación de la suspensión le originaría, si bien por el contrario el presente contrato responde a la necesidad de reforma y adecuación del IES La Rábida en Huelva, previsto en la Programación del año 2016. El actual centro con una tipología D3 +B5,5 +2 ciclos formativos y enseñanzas nocturnas, presenta déficit de espacios y la edificación e instalaciones necesitan una intervención de rehabilitación

adecuada, cuya consecución se persigue con el presente contrato, mejorando los 721 puestos escolares existentes, en consecuencia la suspensión supondría una repercusión directa sobre dichos escolares, así como sobre los derechos fundamentales que pudieran verse vulnerados, estimándose por esta parte desproporcionadas las posibles repercusiones entre lo solicitado y las consecuencias derivadas de la medida esbozada.

Por último, el órgano de contratación solicita que en caso de acordase la medida de suspensión solicitada se requiera a la recurrente para que preste caución o garantía suficiente cuantificada la misma en el importe equivalente al 5% del presupuesto de licitación del lote recurrido, esto es, por 24.218,82 euros.

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 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, 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 provisionales 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 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, 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 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 la recurrente solicita la suspensión del procedimiento, no procediéndose a la apertura del sobre nº3.

Por su parte el órgano de contratación se opone a la suspensión solicitada alegando la falta de concurrencia de los requisitos exigidos por la ley y la jurisprudencia para su adopción, estimando desproporcionadas las posibles repercusiones entre lo solicitado y las consecuencias de la medida instada.

Se ha de indicar que el proceso cautelar en el marco del procedimiento principal del recurso especial va esencialmente dirigido a asegurar la eficacia de la resolución de este último, previéndose además breves plazos legales para la

tramitación del recurso, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial cuya tramitación es más compleja y su duración más prolongada. Es por ello que las medidas provisionales en el seno del recurso especial no han de serlo por un lapso de tiempo dilatado, lo que ya supone de partida un menor riesgo o perjuicio para el interés público que demanda la adjudicación y formalización del contrato de que se trate.

De otro lado, no puede obviarse que, según tiene manifestado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión. En este sentido, la Sentencia 78/1996, de 20 de mayo, señala que *"La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión."*

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.

En relación a la solicitud de garantía formulada por el órgano de contratación el apartado 1 del artículo 26 del citado Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que "*Cuando, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (...), el Tribunal acuerde la adopción de las medidas provisionales a solicitud del recurrente o reclamante podrá condicionar la eficacia de las mismas a la constitución de una garantía para responder de los perjuicios que de su*

adopción pudieran derivarse para el órgano o entidad autor del acto recurrido o para cualquiera de los interesados en la adjudicación."

Por lo tanto, de conformidad con el artículo citado, debemos indicar que, en el presente caso, a la vista de lo alegado por las partes, de la entidad del perjuicio manifestado, y la brevedad de los plazos previstos para la resolución del presente recurso, la cual conlleva de acuerdo con el artículo 47.4 del TRLCSP el levantamiento de la misma, no se aprecie la necesidad de su constitución.

Por último, debemos señalar que estando el presente procedimiento de adjudicación dividido en dos Lotes (1- Estudio geotécnico- y Lote 2- Redacción de proyecto y estudio de seguridad y salud, dirección de obra, dirección de ejecución de obra y coordinación de seguridad), no habiendo licitadores que concurran a ambos Lotes simultáneamente y afectando el presente recurso unicamente al Lote 2, la continuación del procedimiento respecto al Lote 1 en ningún caso influye o contamina las imparcialidad del órgano de contratación respecto del otro Lote, por el posible conocimiento que pudiera tener de la documentación integrante del sobre n.º 3 (proposición económica y mejoras valorables mediante la aplicación de fórmulas), presentada en el mismo. En consecuencia procede acordar únicamente la suspensión del presente procedimiento de adjudicación respecto del Lote 2.

Por todo lo expuesto, este Tribunal,

ACUERDA

Adoptar la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación solicitada por D. Jesús Prieto Barroso en su escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de redacción de proyecto básico y de ejecución y estudio de seguridad y salud, dirección de obra, dirección de ejecución de obra, coordinación de seguridad y salud y estudio geotécnico para la reforma y adecuación del IES La Rábida, Huelva." (Expte.

00091/ISE/2016/SC), en relación al Lote 2, tramitado por la Agencia Pública Andaluza de Educación.

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.