RECURSO 264/2018
RESOLUCIÓN M.C. 113/2018

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

Sevilla, 3 de agosto de 2018.

VISTA la solicitud de medida cautelar formulada por la **UTE AULA DE OCIO S.L.-7ITRIA, S.A.** en su escrito de recurso especial en materia de contratación, referente a la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado *«Concesión de servicio Público de Aula matinal en los Centros Docentes Públicos, dependientes de la Consejería de Educación»* (Expte. 00375/ISE/2017/SC), promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Educación, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 20 de julio de 2018, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE AULA DE OCIO S.L.-7ITRIA, S.A., contra la Resolución de 3 de julio de 2018 por la que se declaran desierto los Lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136 y contra la Resolución de 4 de julio de 2018 por la que se adjudica el contrato citado en el encabezamiento de esta resolución.

SEGUNDO. Mediante oficio de fecha 23 de julio de 2018, la Secretaría del

Tribunal solicitó al órgano de contratación, entre otra documentación, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente. Con fecha 26 de julio de 2018, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal la documentación solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La entidad recurrente, solicita la medida cautelar de suspensión en su escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación hasta la resolución del mismo, por lo que ha de estarse, respecto a su tramitación y adopción, a lo dispuesto en los artículos 49 y 56.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

SEGUNDO. Las medidas cautelares, como señala el artículo 49.1 de la LCSP, 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 cautelares 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, solo 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 solicita la adopción de una medida cautelar de suspensión de la ejecutividad de la tramitación del procedimiento de licitación respecto de los lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136 en aras a evitar posibles perjuicios, no solo a la entidad recurrente sino también al resto de interesados en el procedimiento, hasta que se produzca la resolución de este recurso, todo ello amparado en los artículo 49 y 53 de la LCSP.

En el presente supuesto y en referencia a la Resolución de adjudicación impugnada de 4 de julio, aun cuando se impugna dicha resolución formalmente, es cierto que, atendiendo al contenido del recurso, se deduce que el acto material impugnado es la declaración de desierto de los lotes enumerados anteriormente, alegando la recurrente que dado que también en dicha resolución se hace constar la declaración de desierto, procede la suspensión de la tramitación del procedimiento.

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe, se opone a la adopción de la medida cautelar solicitada por la entidad recurrente alegando que aunque la declaración de desierto es un acto susceptible de recurso especial, en tanto no

es un acto de adjudicación, la suspensión no opera ex lege, solicitando la no adopción de la suspensión. No obstante, continúa el órgano de contratación, de proceder algún tipo de suspensión, no debe extenderse más allá de lo solicitado por la recurrente, es decir, de los lotes afectados por el recurso.

Con respecto al mantenimiento de la suspensión de la Resolución de adjudicación que deriva de la interposición del recurso, el órgano de contratación alega que, dada la ausencia de beneficio e inconsistencia de la pretensión de la recurrente, se considera contraria al interés público la solicitud de la suspensión de la misma, máxime cuando la suspensión de la adjudicación imposibilitaría la prestación del servicio de aula matinal en un total de 1421 centros repartidos en toda Andalucía, viéndose seriamente perjudicados los intereses de multitud de usuarios.

Por otro lado, el órgano de contratación solicita, en el caso de suspenderse cautelarmente el procedimiento de licitación, la imposición a la recurrente de caución o garantía suficiente para responder de los daños y perjuicios que estima se producirían para el órgano de contratación.

En este sentido, 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 cautelares 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 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 Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por 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."* La referencia realizada al artículo 43.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, hay que entenderla realizada al actual artículo 49.3 de la LCSP.

Por tanto, la exigencia de constitución de garantía como condición para la eficacia de la medida cautelar que en su caso pudiera adoptarse se contempla como una facultad del propio Tribunal, sin que, en el presente caso, a la vista de

lo alegado en este procedimiento incidental y de la entidad del perjuicio manifestado, se aprecie la necesidad de constituir la citada garantía.

Por todo lo expuesto, este Tribunal,

ACUERDA

Adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado *«Concesión de servicio Público de Aula matinal en los Centros Docentes Públicos, dependientes de la Consejería de Educación» (Expte. 00375/ISE/2017/SC),* promovido por la Agencia Pública Andaluza de Educación, adscrita a la Consejería de Educación, solo respecto a los Lotes 48, 67, 129, 133, 135 y 136, pudiendo continuar el órgano de contratación la licitación, si así lo desea, respecto del resto de lotes.

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.