Junta de Andalucía

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

RECURSO 552/2021
RESOLUCIÓN M.C. 1/2022

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

Sevilla, 10 de enero de 2022

VISTA la solicitud de medida cautelar formulada por la entidad **ELSAMEX GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L.**, referente a la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado "Servicio de mantenimiento del museo de Almería" (Expte. CONTR 2021 0000689448), promovido por la Delegación Territorial de Cultura y Patrimonio Histórico en Almería, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 9 de diciembre de 2021, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación presentado por la entidad ELSAMEX GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS, S.L., frente al acta segunda de la mesa de contratación, de 15 de noviembre de 2021, donde se recoge su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato arriba mencionado. En su escrito de recurso, la recurrente solicita la suspensión del procedimiento de licitación.

SEGUNDO. Mediante oficio de 9 de diciembre de 2021, la Secretaría de este Tribunal dio traslado al órgano de contratación del escrito de interposición de recurso y le solicitó entre otra documentación, las alegaciones sobre la medida cautelar de suspensión instada por la entidad recurrente. La documentación solicitada ha sido recibida en este Órgano, sin que consten en la misma alegaciones a la medida cautelar de suspensión 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, 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 del 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

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	11/01/2022	PÁGINA 2/5
VERIFICACIÓN	Pk2jmPNKFA2FWVDB7YRU87M2KSVMZB	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

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 suspensión de la tramitación del procedimiento de licitación en aplicación del artículo 53 de la LCSP, entendiendo que la interposición del presente recurso ha de dar lugar a la suspensión del procedimiento de contratación.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	11/01/2022	PÁGINA 3/5
VERIFICACIÓN	Pk2jmPNKFA2FWVDB7YRU87M2KSVMZB	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

Por su parte, el órgano de contratación, en su informe al recurso, no ha realizado alegación alguna a la solicitud de suspensión de la licitación instada por la recurrente.

Pues bien, en primer lugar debe indicarse que en este caso no es aplicable lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP que señala que "*una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación, salvo en el supuesto de contratos basados en un acuerdo marco o de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, sin perjuicio de las medidas cautelares que en relación a estos últimos podrían adoptarse en virtud de lo señalado en el artículo 56.3.",* pues no es el supuesto que concurre en el presente caso al no ser la adjudicación el acto recurrido.

Una vez aclarado lo anterior, 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».*

Asimismo, en el presente caso, la ausencia de alegaciones a la suspensión por parte del órgano de contratación, impide a este Tribunal disponer de la información suficiente para poder determinar en qué medida la suspensión solicitada afecta al interés público, no pudiendo valorar qué interés resulta más digno de protección, si el interés público de la Administración o los intereses particulares de la recurrente.

Por tanto, 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

ÚNICO. Adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	11/01/2022	PÁGINA 4/5
VERIFICACIÓN	Pk2jmPNKFA2FWVDB7YRU87M2KSVMZB	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	

“Servicio de mantenimiento del museo de Almería” (Expte. CONTR 2021 0000689448), promovido por la Delegación Territorial de Cultura y Patrimonio Histórico en Almería.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

De conformidad con el artículo 49.2 de la LCSP, 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.

Es copia auténtica de documento electrónico

FIRMADO POR	SUSANA ELENA PALMA MARTOS	11/01/2022	PÁGINA 5/5
VERIFICACIÓN	Pk2jmPNKFA2FWVDB7YRU87M2KSVMZB	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma	