

RECURSO Nº.- 23/2023

RESOLUCIÓN Nº.- 29/2023

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA**

En Sevilla, a 18 de octubre de 2023.

Visto el recurso especial en materia de contratación presentado en nombre y representación de la mercantil ANDALCLIMA, S.L., contra su exclusión del procedimiento de licitación relativo al *Servicio de mantenimiento preventivo, técnico legal y correctivo, de las instalaciones de energía solar térmica en las promociones de viviendas en alquiler y en otros inmuebles propiedad de EMVISESA recogidos en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas*, Expediente EMVI/2023/0056/01, tramitado por la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente:

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de julio de 2023 se publicó en el perfil del contratante, el anuncio de licitación del “**Servicio de mantenimiento preventivo, técnico legal y correctivo, de las instalaciones de energía solar térmica en las promociones de viviendas en alquiler y en otros inmuebles propiedad de EMVISESA recogidos en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas**”. El mismo día se publica el anuncio de Pliegos, en el que se pone a disposición de los eventuales licitadores el Pliego de Prescripciones Técnicas y el Pliego de Cláusulas Administrativas.

SEGUNDO.- El contrato, con un valor estimado de 374.965,80 €, se tramita por procedimiento Abierto, con pluralidad de criterios de adjudicación.

En sesión de la Mesa de contratación del día 18 de septiembre de 2023, se acordó trasladar el contenido del Sobre nº 2 a los técnicos competentes, a fin de que se

emitiese informe técnico de valoración, conforme a los criterios descritos en el apartado 2.3 del Anexo I del PCAP que rige la presente licitación.

Según consta en el acta de la sesión celebrada por la Mesa de Contratación el 25 de septiembre de 2023:

“la Sra. Secretaria dio lectura al informe que se adjunta al presente Acta como Anexo I, relativo a la valoración de la documentación incluida en el sobre nº 2, emitido por (...), en fecha 22 de septiembre de 2023.

Según el citado informe, en lo que respecta al licitador ANDALCLIMA, S.L., en lo que respecta a las periodicidades, se ha podido comprobar que el licitador ha incluido en el sobre 2, documentación que permite conocer información relativa al sobre nº 3. Concretamente, ha incluido información del número de visitas que pretende hacer, esto es, 6 visitas anuales en lugar de las 4 previstas como mínimo en el PPT. En este sentido, y según se indicaba en el Pliego que rige la licitación, el Aumento del número de visitas estaba previsto como un criterio de valoración susceptible de valoración automática, con un total de hasta 20 puntos en caso de ofertar las 6 visitas anuales tal y como ha indicado ANDALCLIMA. Este dato debe considerarse un adelanto de su oferta para el sobre 3 (criterios evaluables mediante aplicación de 318 Página 2 de 8 fórmulas), lo cual supone su exclusión de la licitación en tanto que implica una vulneración del secreto de las proposiciones y conlleva una contaminación del procedimiento por conocimiento anticipado, de modo que ya no pueden quedar garantizados los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato entre licitadores.

A la vista de lo expuesto, debemos indicar que el adelanto de tal información es causa de exclusión del licitador del procedimiento de licitación...”

Manifiesta el Acta que “Esta circunstancia implica una vulneración del secreto de las proposiciones que se exige ex lege, en virtud del cual el órgano de contratación está obligado a custodiar su confidencialidad hasta el momento de apertura en acto público de los correspondientes Sobres. También conlleva una contaminación del procedimiento por conocimiento anticipado, de modo que ya no pueden quedar garantizados los principios de imparcialidad, objetividad e igualdad de trato entre licitadores. Por tanto, procede su exclusión del procedimiento de licitación”

En la misma sesión, una vez abiertos los Sobres nº 3 (criterios susceptibles de valoración automática), se adoptaron por la Mesa los siguientes acuerdos:

- Proponer como primer clasificado del LOTE 1 al licitador INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO DE GESTIONES ENERGÉTICAS, S.A.
- Proponer como primer clasificado del LOTE 2 al licitador ELEC NOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U.
- Requerir a los licitadores ELEC NOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U. y INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO DE GESTIONES ENERGÉTICAS, S.A. para que en el plazo de 10 días hábiles presenten la documentación indicada en la cláusula correspondiente del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

- Realizar la propuesta de adjudicación del lote 1 del contrato a favor del licitador INSTALACIONES Y MANTENIMIENTO DE GESTIONES ENERGÉTICAS, S.A. siempre y cuando la documentación requerida en el apartado anterior sea presentada en tiempo y forma.

- Realizar la propuesta de adjudicación del lote 2 del contrato a favor del licitador ELEC NOR SERVICIOS Y PROYECTOS, S.A.U. siempre y cuando la documentación requerida en el apartado anterior sea presentada en tiempo y forma.

Con fecha 26 de septiembre, se notifica la exclusión a la hoy recurrente.

TERCERO.- Con fecha 13 de octubre, este Tribunal tiene conocimiento de la interposición de recurso especial en materia de contratación contra la exclusión del procedimiento, presentado con fecha 10 de octubre en el del Registro General del Ayuntamiento de Sevilla por la representación legal de ANDALCLIMA S.L.

En el escrito de interposición, se solicita al Tribunal, la anulación de la exclusión y, mediante Otrosí, la suspensión del procedimiento, defendiendo que *“la continuación del mismo provocaría un perjuicio irreparable a nuestro derecho a la libre concurrencia”*.

Trasladado el recurso y la documentación que le acompaña a la unidad tramitadora del expediente de contratación, el día 17 de octubre se receptiona en el Tribunal la documentación remitida por EMVISESA, en cuyo informe se a defiende la conformidad a derecho de la exclusión de la recurrente, no conteniéndose en el mismo alusión alguna sobre la adopción de la medida cautelar solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El artículo 49 de la LCSP dispone que las medidas cautelares irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los interesados 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.

En cualquier caso, y como expresamente señala el apartado 4 de dicho art. “ Salvo que se acuerde lo contrario por el órgano competente, la suspensión del procedimiento que pueda acordarse cautelarmente no afectará al plazo concedido para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados”

La normativa contractual, más allá de delimitar la finalidad de las medidas cautelares, no hace referencia a los requisitos legales que han de tenerse en cuenta a efectos de adoptar la medida de suspensión de la ejecución del acto, de forma que habrá que

recurrir a los parámetros que a tal efecto vienen indicados en el artículo 117 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común:

*“ 1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.
2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:
a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.”*

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se remite al Derecho nacional a efectos de la regulación de esta clase de medidas -asunto C-424/01 ATJ de 9 de abril de 2003-, en el que 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.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias, - entre otras, las Sentencias de 25 de febrero de 2011 y de 26 de septiembre de 2011 -, fija los principios asentados con relación al proceso cautelar y que 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:

1.- 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.

2.- 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.

3.- 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.

4.- La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris): la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene limitando la aplicación de este 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.

SEGUNDO. – Resta analizar si se dan los requisitos legales y jurisprudenciales para adoptar la medida cautelar de suspensión en el momento procedimental en el que nos hallamos, una vez abiertos todos los sobres y efectuada la propuesta de clasificación y adjudicación por parte de la Mesa.

Pues bien, uno de los fines de la adopción de una medida 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 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 éste, 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.”*

Estos elementos permiten, por ejemplo, justificar la medida cautelar de suspensión del procedimiento una vez finalizado el plazo de presentación de proposiciones, impidiendo conocer el contenido de las ofertas hasta la resolución del recurso. Si se produjera la apertura de las ofertas presentadas por los licitadores, éstos podrían conocer las ofertas presentadas por las demás empresas concurrentes, y pudiera producir, de estimarse el recurso, el efecto de limitar o interferir la concurrencia.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, las proposiciones ya han sido abiertas, tanto el Sobre relativo a criterios susceptibles de juicio de valor, como el Sobre 3, que contiene los criterios objeto de valoración automática, lo que implica que, en el caso de estimarse el recurso contra la exclusión, el resultado no podría ser admitir la oferta del excluido y proceder a su valoración, por cuanto que al conocerse ya el contenido del Sobre 3 del resto de los licitadores, se vulnerarían los esenciales principios de igualdad y objetividad, debiendo, en consecuencia procederse a la anulación del procedimiento. Tales circunstancias determinan que en el caso concreto que nos ocupa, el recurso no perdería su efecto útil, por cuanto que su estimación conllevaría, fuere cual fuere el momento procedimental en el que, a partir del acto de exclusión recurrido, se encuentre, la anulación del procedimiento de contratación, amén del hecho de la imposibilidad de su formalización, hasta transcurridos 15 días desde la adjudicación.

Por todo lo expuesto, considerando las circunstancias concurrentes y estimando que la continuación del procedimiento no provocaría un perjuicio irreparable, ponderándose los intereses concurrentes (el interés público en la adjudicación, por un lado, y los perjuicios que puede provocar la suspensión, por otro) , consideramos procede la

desestimación de la medida cautelar de suspensión del procedimiento instada por la recurrente.

RESOLUCIÓN

UNICO. – Desestimar la solicitud de suspensión del procedimiento planteada por la mercantil ANDALCLIMA, S.L., contra su exclusión del procedimiento de licitación relativo al *“Servicio de mantenimiento preventivo, técnico legal y correctivo, de las instalaciones de energía solar térmica en las promociones de viviendas en alquiler y en otros inmuebles propiedad de EMVISESA recogidos en el Anexo I del Pliego de Prescripciones Técnicas”*, Expediente EMVI/2023/0056/01, tramitado por la Empresa Municipal de la Vivienda, Suelo y Equipamiento de Sevilla S.A

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES