

RECURSO Nº.- 43/2020

RESOLUCIÓN Nº.- 46/2020. MEDIDAS CAUTELARES

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

En Sevilla, 29 de diciembre de 2020.

Recibido recurso especial en materia de Contratación, planteado en representación de la mercantil CIASIPROIND SL., contra el anuncio de licitación y los pliegos que rigen la contratación del “**Servicio de vigilancia de las instalaciones del CMFE Polígono Sur, C/ Bendición y Esperanza nº 4, 41013, Sevilla, y las dependencias del CMFE Torreblanca, C/ Higuera esquina Albérchigo**”, Expediente 2020/001054, tramitado por el Servicio de Administración de Empleo del Ayuntamiento de Sevilla, en el que se plantea la solicitud de suspensión del plazo de presentación de ofertas,, conforme a lo previsto en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, este Tribunal, a la vista del escrito de recurso, la solicitud formulada y el informe remitido por el centro gestor del Expediente, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

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.

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 concurran 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 del procedimiento una vez concluido el plazo de presentación de ofertas. 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.

En el caso que nos ocupa, se han presentado dos escritos:

- Escrito de **SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES**, en el que se solicita “Que se suspenda el plazo para presentar oferta económica hasta que se resuelva el recurso, a fin de no causar perjuicios a los intereses afectados”

- Escrito de **RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN**, contra los pliegos y anexos, en el que mediante **OTROSI DIGO**, se solicita “Que de conformidad con lo establecido en el artículo 49 la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, se ha presentado mediante Registro electrónico, previo al presente recurso, solicitud de medida cautelar previo que se adjunta como **documento numero 2**”

Conforme al art. 49.4 de la LCSP *“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.”*

Si bien es cierto que a diferencia del TRLCSP, la nueva ley permite que se suspenda el plazo de presentación de ofertas cuando se suspende el procedimiento con motivo de un recurso, no lo es menos que una interpretación literal del mismo pone de manifiesto que dicha suspensión es la excepción a la regla general.

Ha de tenerse en cuenta, que el recurso y la petición de suspensión se presentan dos días antes de la finalización del plazo para la presentación de ofertas, y que la medida cautelar solicitada no es la suspensión del procedimiento, sino precisamente la de ese plazo, que está a punto de vencer.

El órgano de contratación, manifiesta que “el recurrente no señala cuáles son las infracciones del procedimiento que se pretenden corregir ni cuáles son los intereses que se verán afectados por la continuación del procedimiento, ni qué disposiciones legales o reglamentarias se han infringido, ni tampoco, lógicamente, cuantifica los perjuicios que causarán estas supuestas infracciones”, considerando que “ Ante la falta de determinación de dichos supuestos intereses que se ven afectados por la continuación del procedimiento, difícilmente se puede justificar la suspensión del mismo; más aún el plazo del presentación de ofertas, que se encuentra abierto desde el día 15/12/2020, y al que tan sólo restan dos días de plazo a la fecha de la solicitud de la suspensión del mismo. Al respecto debe citarse el artículo 49.4 LCSP que es restrictivo en este extremo de la suspensión del plazo para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados”

En efecto, y como señala el informe, la licitación se publicó en el Perfil del Contratante del Ayuntamiento de Sevilla, alojado en la Plataforma de Contratación del Sector Público, en la cual está habilitada la posibilidad de realizar preguntas, informando que se han planteado y respondido tres preguntas por tres interesados diferentes, sin que se haya planteado cuestión alguna en relación con lo cuestión objeto de recurso, ni por parte de la recurrente, ni por ningún otro licitador o interesado. Manifiesta el informe que, de hecho, el día 28, mismo día de la presentación del recurso, la recurrente se ha dirigido telefónicamente y por correo electrónico a este Órgano de Contratación, “planteando cuestiones al respecto de la licitación en curso, sin hacer referencia a estas medidas cautelares, ni al recurso presentado, lo cual podría interpretarse como actuaciones contradictorias, ya que, de una parte, se solicita la suspensión del plazo de licitación y de otra, mediante correo del fecha

de hoy, posterior a la presentación de la solicitud de suspensión del plazo de presentación de ofertas, en el que se remite textualmente *“consulta sobre la licitación arriba referenciada, como empresa interesada en presentar oferta”*, concluyendo que *“Todas estas circunstancias, hacen que, a escasos dos días de finalización del plazo de presentación de ofertas, resulten contradictorios y poco diligentes por parte de la empresa recurrente.”*

El Ayuntamiento, defiende que la adopción de la medida de suspensión del plazo de presentación de ofertas del procedimiento de licitación en curso provocaría un mayor perjuicio a los intereses públicos afectados, *“ya que, de acordarse la medida de suspensión solicitada, sería muy difícil tener adjudicada y formalizada la misma con anterioridad al día 6 de marzo de 2021, fecha en la que debe comenzar la ejecución del nuevo contrato, por finalización del anterior. Esta circunstancia implicaría que tanto el Centro Municipal de Formación y Empleo Polígono Sur, como las dependencias del Centro Municipal de Formación y Empleo de Torreblanca de Sevilla, carecerían de seguridad, estando ambos situados en zonas desfavorecidas de la ciudad y con alto grado de inseguridad en los mismos”, intereses superiores a los que se pretendería evitar con la medida cautelar solicitada de suspensión del plazo de presentación de ofertas, que, de existir, no serían de imposible ni difícil reparación, considerando que también han de ponderarse los intereses de los restantes interesados en la licitación, a los cuales perjudicaría la suspensión del plazo de presentación de oposiciones*

El recurso especial en materia de contratación, tiene como finalidad obtener una resolución rápida y eficaz, de manera que una decisión ilegal no se pueda consolidar por la perfección del contrato. Con la suspensión de la tramitación del expediente de contratación se evita que con la posible formalización del contrato se puedan causar otros perjuicios a los interesados afectados y especialmente al adjudicatario, que, en su caso, se facilite la retroacción de las actuaciones al momento en que se cometió la posible infracción y se evita que se produzcan situaciones que pudieran derivar en indemnizaciones a los perjudicados.

Como señalaba el Tribunal de Recursos de Madrid, en su Resolución 155/2019 *“Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la adopción de la medida cautelar Exige que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia (en este caso resolución) que se dicte, e imposibilitando el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad. Aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre a un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y, en todo caso, el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación, y exige motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada.”*

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 solicitada no es indispensable para asegurar la eficacia de la resolución del recurso en caso de una eventual estimación, considerándose, a la vista de las circunstancias particulares de la situación, los breves plazos establecidos para la Resolución de los recursos especiales en materia de contratación y el momento procedimental en el que nos hallamos, que la perturbación de los intereses generales que con el procedimiento se pretenden satisfacer, prevalece

frente a los escasamente argumentados perjuicios de difícil o imposible reparación que para el recurrente se ocasionarían de no admitirse la suspensión del plazo de presentación de ofertas, suspensión que tiene, además, carácter excepcional.

RESOLUCIÓN

UNICO. – Desestimar la solicitud de suspensión del plazo de presentación de ofertas planteada por la mercantil CIASIPROIND SL., en relación con la licitación del “**Servicio de vigilancia de las instalaciones del CMFE Polígono Sur, C/ Bendición y Esperanza nº 4, 41013, Sevilla, y las dependencias del CMFE Torreblanca, C/ Higuera esquina Albérchigo**”, Expediente 2020/001054, tramitado por el Servicio de Administración de Empleo del Ayuntamiento de Sevilla.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES