

ACUERDO 15/2021, DE 9 DE ABRIL DE 2021, POR EL QUE SE RESUELVE LA MEDIDA PROVISIONAL DE SUSPENSIÓN CAUTELAR SOLICITADA EN EL RECURSO ESPECIAL PRESENTADO POR LA EMPRESA EDOSOFT FACTORY, S.L., DE LA EJECUCIÓN DEL EXPEDIENTE DE CONTRATACIÓN DATAGRAN “SUMINISTRO, INSTALACIÓN, CONFIGURACIÓN, ALOJAMIENTO, MANTENIMIENTO Y EVOLUCIÓN DE LA PLATAFORMA DE INTEROPERABILIDAD Y GESTIÓN DE DATOS” (EXPTE. XP0999/2019 EXPDTE. TRIBUNAL 12/2021)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 15 junio de 2020 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y Prescripciones Técnicas que regirán el Contrato de Servicio denominado “DATAGRAN: Suministro, Instalación, Configuración, Alojamiento y Evolución de la Plataforma de Interoperabilidad y Gestión de Datos” elaborado por la Consejería de Desarrollo económico, Soberanía Energética, Clima y Conocimiento.

SEGUNDO.- El 3 de marzo de 2021 la Mesa Permanente de Contratación adopta, entre otros Acuerdos, la exclusión de EDOSOFT FACTORY, S.L. por incumplir el apartado 2 objeto del contrato del pliego de prescripciones técnicas.

TERCERO.- El 25 de marzo de 2021 **EDOSOFT FACTORY, S.L** interpone Recurso Especial en materia de contratación contra el Acuerdo de exclusión de oferta adoptado por la Mesa de Contratación del Cabildo Insular de Gran Canaria en fecha de 3 de marzo de 2021.

CUARTO.- El 5 de abril de 2021 se dio traslado del recurso presentado al órgano de contratación con la solicitud de suspensión solicitada.

QUINTO._ EL 9 de marzo de 2021 se emite informe que es recibido por este Tribunal el día 12 de abril siguiente, sin que el mismo haga referencia a la medida cautelar solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se solicita por la recurrente en su escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación, una medida cautelar de suspensión de la ejecución del acto recurrido, debiendo seguirse al efecto el procedimiento previsto en el artículo de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento

Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP).

SEGUNDO.- El artículo 49.1 del 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, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“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.

TERCERO.- Dado que la exclusión se ha comunicado por la Mesa de contratación y no por el órgano de contratación, por ejemplo, junto con la adjudicación, y que ya se han abierto los criterios evaluables automáticamente, en las siguientes fechas podría producirse una adjudicación que no podríamos impugnar por motivos de legitimación. De no suspenderse el proceso podría producirse por tanto una lesión a la tutela efectiva y a los principios rectores de la contratación pública.

Atendiendo a los intereses en juego, se ha de indicar que el recurso especial en materia de contratación se concibe en las Directivas comunitarias, particularmente en la Directiva 2007/66/CE por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, como instrumento ágil y eficaz dirigido a garantizar el cumplimiento de la

legislación comunitaria sobre contratos públicos y la corrección de las posibles infracciones de los poderes adjudicadores en una etapa en la que éstas pueden aún ser corregidas (Considerando tercero de la Directiva).

Por tal razón, 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 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.”*

Por todo lo expuesto, con la finalidad de asegurar el efecto útil del recurso, se acoge la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación instada por la recurrente.

Por cuanto antecede, este Tribunal, por unanimidad, **ACUERDA**

ÚNICO.- Adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato denominado “DATAGRAN: Suministro, Instalación, Configuración, Alojamiento y Evolución de la Plataforma de Interoperabilidad y Gestión de Datos” elaborado por la Consejería de Desarrollo económico, Soberanía Energética, Clima y Conocimiento.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la resolución que se adopte en el procedimiento principal.