

ACUERDO 11/2023, DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2023, POR EL QUE SE RESUELVE LA MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO SOLICITADA EN EL RECURSO ESPECIAL PRESENTADO POR LA ENTIDAD HISPAPOST S.A., RELATIVA AL CONTRATO “SERVICIOS POSTALES PARA EL CABILDO DE GRAN CANARIA Y ENTES DEL SECTOR PÚBLICO INSULAR” (XP0277/2023; EXP TRIB 8/2023)

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 21 de junio de 2023 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación y el 22 de junio siguiente los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y de Prescripciones Técnicas (PPT), del contrato de servicios denominado “SERVICIOS POSTALES DEL CABILDO DE GRAN CANARIA Y ENTES DEL SECTOR PÚBLICO INSULAR” mediante procedimiento abierto y tramitación ordinaria, cuyo valor estimado asciende a la cantidad de 7.041.975,84 € (con un presupuesto base de licitación de 3.611.269,66 €, y un IGIC de 126.394,44 €), tramitado por la Consejería de Gobierno de Presidencia del Cabildo de Gran Canaria.

SEGUNDO. El 23 de octubre de 2023 Don I. R. R., actuando en nombre y representación de **HISPAPOST S.A.**, presenta un escrito por el que formaliza la interposición de un Recurso Especial en materia de contratación por el contrario la Resolución nº 166/23, de fecha 27 de septiembre de 2023 por la que se acuerda la exclusión de la recurrente al no justificar adecuadamente la baja desproporcionada y se solicita la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación.

TERCERO. El 26 de octubre de 2023, se dio traslado del escrito por el que se formaliza el recurso y se solicita la medida cautelar al órgano de contratación sin que, hasta la fecha del presente acuerdo se haya pronunciado al efecto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Objeto de la medida cautelar solicitada.

La recurrente solicita en el escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación una medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, debiendo seguirse al efecto el procedimiento previsto en el artículo 49 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’17 -.

SEGUNDO. Legitimación

El primer inciso del apartado 1 del artículo 49 de la LCSP'17 dispone que *“Antes de interponer el recurso especial, las personas legitimadas para ello podrán solicitar ante el órgano competente para resolver el recurso la adopción de medidas cautelares.”*

Y el párrafo primero del artículo 48 de la LCSP'17 establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.”*

Al ser la recurrente una de las empresas que se presentó a la licitación está legitimada para a la presentación del recurso, así como de la medida cautelar instada, habiendo presentado los poderes notariales que acreditan su representación.

TERCERO. - Plazo de interposición

El escrito por el que se formaliza el recurso y se solicita la medida cautelar ha sido presentado dentro del plazo de 15 días que al efecto establece el artículo 50 de la LCSP'17, toda vez que el acto impugnado que había sido dictado el 27 de septiembre de 2023 fue notificado a la recurrente **HISPAPOST, S.A.** el 2 de octubre de 2023, habiendo sido presentado el escrito por el que se formalizó el recurso y se solicitó la medida cautelar el 23 de octubre de 2023.

CUARTO.

El artículo 49 del LCSP,17 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.

QUINTO. - En el presente caso, la recurrente fundamenta su petición de suspensión en que la continuación del procedimiento causaría “graves e irreparables perjuicios a **HISPAPOST, S.A.**, al verse privada de su derecho a participar en el procedimiento de adjudicación del Contrato en igualdad de condiciones con el resto de licitadores.”

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.”*

En el presente caso, la exclusión del recurrente por no justificar la baja temeraria impide al recurrente continuar en el procedimiento de licitación, y sin entrar ni prejuzgar sobre el fondo del asunto, es lo cierto que causaría graves perjuicios al haber sido expulsado de la licitación, sin que el interés general se vea afectado, dado la tradicional brevedad de la tramitación del recurso especial en materia de contratación.

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

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

PRIMERO. Adoptar la medida cautelar instada por la recurrente consistente en la **suspensión del procedimiento de licitación del contrato de servicios denominado “Servicios postales del Cabildo de Gran Canaria y entes del Sector Público Insular. Expediente XP0277/2023”**.

SEGUNDO. Notificar el presente acuerdo al órgano de contratación y a la recurrente, poniéndoles de manifiesto que contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la resolución que se adopte en el procedimiento principal.