TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE NAVARRA

Avda. Carlos III, 4-Nivel 12
31002 PAMPLONA
Tfnos. 848 42 19 64 – 848 42 15 02
E-mail: tribunal.contratos@navarrra.es

Expediente: 106/2020

ACUERDO 104/2020, de 6 de noviembre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la solicitud de adopción de medida cautelar formulada en la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. S. A. y don F. J. I. M., en nombre y representación de CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. y CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L.U., respectivamente, frente a su exclusión de la licitación del contrato de obras "*27 VPO en régimen de alquiler en Paseo de los Tilos s/n de Azucarera, Tudela (Navarra)*" promovido por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de febrero de 2020, NASUVINSA publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de obras de "*27 VPO en régimen de alquiler en Paseo de los Tilos s/n de Azucarera, Tudela (Navarra)*".

A dicho contrato concurrieron conjuntamente, entre otros licitadores, CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. y CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L.U. (en adelante, MURIAS-IBÁÑEZ).

SEGUNDO.- Con fecha 21 de octubre de 2020, se notificó a MURIAS-IBÁÑEZ su exclusión del procedimiento de licitación por considerar que su oferta "*no resulta viable desde un punto de vista técnico al recaer la ejecución de un relevante porcentaje de unidades de obra sobre subcontratas que carecen de la capacidad y aptitud técnica adecuada y exigible, y todo ello a la vista igualmente de que se trata de subcontratas nominales y concretas ofertadas específicamente en el marco de un criterio de*

adjudicación con incidencia directa en las valoraciones y, por ende, en los principios de competencia y de igualdad de trato".

TERCERO.- Con fecha 30 de octubre de 2020, don J. S. A. y don F. J. I. M. interpusieron, en nombre y representación de dicho licitador, una reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión, solicitando la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, pues de continuarse el procedimiento y formalizarse el contrato con otro licitador, en caso de estimarse la presente reclamación especial se ocasionarían perjuicios de difícil reparación, consistentes en el abono de una indemnización al licitador cuyo contrato se resolviera.

CUARTO.- Transcurrido el plazo de dos días hábiles previsto en el artículo 125.3 de la LFCP, el órgano de contratación no ha aportado el expediente de contratación ni ha formulado alegaciones respecto a la medida cautelar solicitada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- NASUVINSA es una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 4.1.e) de la LFCP, por lo que las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta en la infracción de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma y dentro del plazo legalmente previstos en los artículos 126.1 y 124.2.b) de la LFCP.

QUINTO.- Tal y como se ha expuesto, el reclamante solicita la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación.

El artículo 125 de la LFCP regula las medidas cautelares, señalando lo siguiente:

"*1. Los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público podrán solicitar del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, en los plazos señalados en el artículo anterior, la adopción de medidas cautelares para corregir la infracción alegada o para impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, incluidas la suspensión del procedimiento o de cualquier decisión adoptada en el seno del mismo.*

La solicitud y, en su caso, las propias medidas cautelares quedarán sin efecto si no se interpone la reclamación en el plazo previsto.

2. El escrito de solicitud de medidas cautelares, al que se adjuntarán necesariamente los documentos en los que el solicitante apoya su petición, se presentará telemáticamente en el Portal de Contratación de Navarra ante el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra. Si la solicitud estuviese incompleta, se otorgará un plazo de subsanación de dos días hábiles.

3. El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra recabará de la entidad afectada el expediente administrativo o la documentación del contrato. El órgano de contratación dispondrá de dos días hábiles para presentarlo y para efectuar las alegaciones que considere oportunas. Transcurrido dicho plazo, se haya aportado o no la documentación requerida, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra resolverá motivadamente, en el plazo de cinco días hábiles. Finalizado dicho plazo sin que se haya notificado la resolución expresa, se entenderá desestimada la solicitud, salvo que se haya solicitado la suspensión de un acto o del procedimiento de

licitación, en cuyo caso la falta de notificación en plazo tendrá carácter estimatorio de la solicitud de suspensión.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de la suspensión automática del acto de adjudicación o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos.

4. Las medidas cautelares podrán ser suspendidas, modificadas o revocadas en cualquier momento, de oficio o a solicitud de parte interesada, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser conocidas al tiempo de su adopción, con la salvedad de la suspensión señalada en el artículo 124.4 de esta ley foral que se regirá por lo dispuesto en dicha norma. Frente a dicha resolución no cabrá recurso, sin perjuicio de los que procedan contra las resoluciones que se dicten en el procedimiento principal."

Justifica el reclamante su petición señalando si NASUVINSA continuara con la tramitación del contrato y llegara a formalizarlo con otro licitador, podrían ocasionarse perjuicios de difícil reparación, "*dado que se estarían generando situaciones indemnizables para el licitador contratista cuyo contrato quedaría resuelto como consecuencia de la estimación de la reclamación (…).*"

El órgano de contratación, por su parte, no ha formulado alegación alguna en relación con la solicitud de adopción de la medida cautelar realizada por el reclamante.

Tal y como señala el Tribunal Supremo en su Auto de 31 de octubre de 2018, "*la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, razón por la que la adopción de medidas cautelares que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario*".

Ahonda en ello en su Auto de 24 de septiembre de 2020, en el que señala que "*el máximo intérprete constitucional ha sentado que la justicia cautelar forma parte del*

contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (SSTC 115/87, 7 de julio (RTC 1987, 115), 238/92, 17 diciembre (RTC 1992, 238), 148/93, 29 de abril (RTC 1993, 148) ya que "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso". Sucede, en consecuencia, que "la medida cautelar a adoptar en cada caso ha de ser adecuada a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue" (STC 148/93, 29 de abril)".

La finalidad de las medidas cautelares "*se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso*", tal y como señala el Tribunal Supremo en su Auto de 26 de julio de 2006, en donde, con cita del de 12 de julio de 2002, establece lo siguiente:

"*Pues bien, continúa el ATS de precedente cita, "la decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LRJCA y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.*

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que según nuestra jurisprudencia puede resumirse en los siguientes términos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997: "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios

de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que sea suficiente una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulte irreparable la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El periculum in mora, conforme al artículo 130.1 LJCA: "previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso". Este precepto consagra el llamado periculum in mora como primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, nuevo parámetro esencial, para la adopción de la medida cautelar, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que de modo inmediato puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) La ponderación de intereses: Intereses generales y de tercero. Conforme al artículo 130.2 LJCA, la medida cautelar puede denegarse cuando de ésta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada. (…).

e) La apariencia de buen derecho (fumus bonis iuris) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro

del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar".

Respecto de este último criterio, ha de tenerse en cuenta, tal y como señala el Auto de 31 de octubre de 2018, antes citado, que "*No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta - ATS 14 de abril de 1997-; de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula; de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y, de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no (...) al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución, cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997, entro otros)".*

Atendiendo a los citados criterios cabe señalar, en primer lugar, que el reclamante justifica su petición en la eventual indemnización que cabría reconocer al licitador que, habiendo resultado adjudicatario del contrato, viera resuelto el mismo como consecuencia de la estimación de la presente reclamación. Sin embargo, el devengo de una eventual indemnización no puede ser calificado como un perjuicio de

imposible o difícil reparación. En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en su Auto de 30 de abril de 1998:

"*El acto aquí contemplado -a los solos efectos de su posible suspensión- tiene un contenido y posibles consecuencias de índole económica y como ya tiene reiterado esta Sala -Autos de 3 junio 1991 (RJ 1991\4607), 14 enero 1992 (RJ 1992\16), 28 septiembre 1994 (RJ 1994\7362), 19 marzo 1997 (RJ 1997\1872), etc.-, el contenido exclusivamente económico del acto administrativo, salvo excepciones específicas y acreditadas por las especiales circunstancias que rodean el acto que pueden hacer procedente la suspensión de su ejecutividad, no puede reputarse perjuicio de imposible o difícil reparación, toda vez que la Administración es por su propia naturaleza, organización y funcionamiento, una entidad pública responsable y solvente en grado máximo, por lo que la posible existencia de esos perjuicios económicos derivados de la ejecución del acto administrativo que posteriormente fuese anulado en vía jurisdiccional, no puede ofrecer ni ofrece dificultades en cuanto a la congrua y adecuada reparación de los perjuicios y daños causados fácilmente conseguible dada la solvencia de la Administración.*"

En segundo lugar, y a mayor abundamiento, cabe señalar que el perjuicio que el reclamante aduce a fin de justificar su solicitud de suspensión del procedimiento de contratación se irrogaría, en todo caso, al propio órgano de contratación, pues sería este, y no aquel, el que viniera obligado a satisfacer la eventual indemnización al adjudicatario del contrato que viera resuelto el mismo como consecuencia de la estimación de la reclamación. Sin embargo, el órgano de contratación no ha formulado alegación alguna en relación con la medida cautelar solicitada, por lo que dicho perjuicio no puede ser aceptado como causa justificativa de la suspensión del procedimiento.

Respecto a la aplicación del "*periculum in mora*", no se advierte la concurrencia de una situación que pueda hacer ineficaz el acuerdo que este Tribunal adopte respecto al fondo de la reclamación presentada. Así, cabe recordar que la apertura de las ofertas económicas de los licitadores se produjo con anterioridad a la interposición de la

reclamación, por lo que la suspensión del procedimiento no tendría efectos a este respecto. Tampoco la satisfacción de la petición formulada por el reclamante, consistente en la anulación de su exclusión y en la retroacción del procedimiento a fin de que se clasifiquen las proposiciones, requiere la adopción de la medida cautelar.

Asimismo, respecto al riesgo derivado de la adjudicación del contrato, cabe recordar que el procedimiento de la reclamación especial en materia de contratación pública se rige por el principio de celeridad, previéndose en la LFCP unos plazos muy reducidos para la tramitación y resolución de aquella.

En relación con la doctrina de la apariencia de buen derecho, cabe señalar que no nos encontramos ante uno de los supuestos en que, según la doctrina citada, pueda acudirse a este criterio sin riesgo de prejuzgar la cuestión de fondo planteada en la reclamación.

Por lo tanto, atendiendo a lo expuesto, debe denegarse la medida cautelar solicitada por el reclamante, consistente en la suspensión del procedimiento de licitación.

SEXTO.- No obstante lo anterior, conviene señalar que el apartado 3º del artículo 125 de la LFCP concluye lo siguiente:

"*Lo dispuesto en este apartado* – se refiere a la decisión acerca de la adopción de medidas cautelares – *se entiende sin perjuicio de la suspensión automática del acto de adjudicación o del encargo a un ente instrumental cuando se presente una reclamación especial en materia de contratación pública contra dichos actos*".

En este sentido, el artículo 124.4 de la LFCP señala lo siguiente:

"*La impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, acuerdo marco o la impugnación de un encargo a un ente instrumental conllevará la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que el Tribunal*

Administrativo de Contratos Públicos de Navarra adopte un Acuerdo sobre la reclamación presentada.

El Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra podrá, excepcionalmente, de forma motivada y previa solicitud de la entidad contratante, levantar la suspensión automática a que se refiere el párrafo anterior, en los casos en que su mantenimiento pudiera causar un perjuicio grave al interés público".

Por ello, la interposición de la reclamación conlleva la suspensión "*ope legis*" del acto recurrido.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 125.3 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la solicitud de adopción de medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de licitación, formulada en la reclamación especial en materia de contratación pública interpuesta por don J. S. A. y don F. J. I. M., en nombre y representación de CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. y CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L.U., respectivamente, frente a su exclusión de la licitación del contrato de obras "*27 VPO en régimen de alquiler en Paseo de los Tilos s/n de Azucarera, Tudela (Navarra)*" promovido por NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA).

2º. Notificar este Acuerdo a CONSTRUCCIONES MURIAS, S.A. y CONSTRUCCIONES JOSÉ MIGUEL IBÁÑEZ, S.L.U., a NAVARRA DE SUELO Y VIVIENDA, S.A. (NASUVINSA), y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que frente a este Acuerdo no cabe interponer recurso alguno, sin perjuicio del recurso que quepa interponer frente a la resolución del procedimiento principal.

Pamplona, 6 de noviembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.