



Expediente: 16/2023

ACUERDO 24/2023, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la solicitud de adopción de una medida cautelar formulada por MOBILIARIO SMART ANDALUCÍA, S.L. en relación con su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “*Suministro Puntos de Información Turística Digitales 24h*”, licitado por el Consorcio para las Estrategias de Desarrollo de la Ribera de Navarra (Consorcio EDER).

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 13 de diciembre de 2022, el Consorcio para las Estrategias de Desarrollo de la Ribera de Navarra (en adelante Consorcio EDER) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato de “*Suministro Puntos de Información Turística Digitales 24h*”.

A la licitación de dicho contrato concurrió, entre otros licitadores, la mercantil MOBILIARIO SMART ANDALUCÍA, S.L., empresa que fue excluida por acuerdo de la Mesa de Contratación de 13 de enero de 2023.

Con fecha 31 de enero dicha empresa formuló una reclamación especial en materia de contratación pública frente a su exclusión, tramitada como Expediente 11/2023, alegando que la misma se publicó en PLENA, sin que se justificase el motivo ni se hubiera realizado comunicación al respecto, no habiéndosele permitido tampoco formular subsanación o aclaración alguna. Igualmente, alegó que su oferta cumplía la totalidad del pliego. Solicitaba, en atención a lo expuesto, que se anulara su exclusión y que, en caso de requerirse cualquier subsanación o aclaración, se le diese un plazo para aportar la correspondiente documentación.

Dicha reclamación fue parcialmente estimada por el Acuerdo 18/2023, de 20 de febrero, de este Tribunal, que ordenó la retroacción del procedimiento al objeto de que el órgano de contratación notificara al licitador su exclusión del procedimiento de forma motivada, advirtiéndole, igualmente, que no debía realizar pronunciamiento alguno sobre la adecuación a derecho de dicha exclusión.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de febrero, la Mesa de Contratación revisó la propuesta técnica presentada por dicho licitador, acordando mantener su exclusión y notificar dicho acuerdo al mismo, continuando con las valoraciones del resto de propuestas técnicas.

TERCERO.- Con fecha 1 de marzo, MOBILIARIO SMART ANDALUCÍA, S.L. presentó ante este Tribunal un escrito en relación con su exclusión del mismo procedimiento de contratación, escrito que, sin embargo, se dirigía al Consorcio EDER.

Dados los términos en que el mismo estaba redactado, el 6 de marzo se solicitó a dicha empresa que aclarara si dicho escrito constituía una reclamación especial en materia de contratación pública formulada ante este Tribunal, en los términos previstos en los artículos 122 y siguientes de la LFCP, o bien una petición de adopción de medidas cautelares con carácter previo a la interposición de una reclamación, conforme al artículo 125 de la misma ley foral, o, si bien, contenía peticiones dirigidas al órgano de contratación y no a este Tribunal, advirtiéndose que dicha aclaración debía producirse en un plazo máximo de dos días hábiles, así como que la falta de respuesta conllevaría la inadmisión y archivo de su escrito por parte de este Tribunal.

Con fecha 7 de marzo, dentro del plazo concedido al efecto, la citada empresa presentó la aclaración requerida, indicando que el citado escrito contenía una petición de medidas cautelares conforme a lo dispuesto en el artículo 125 de la LFCP, interesándose la suspensión del procedimiento de contratación.

CUARTO.- El 8 de marzo se solicitó al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación y la formulación de las alegaciones que estimase oportunas realizar respecto a la medida cautelar solicitada, todo lo cual debía presentarse en el

plazo de dos días hábiles, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125.3 de la LFCP.

El órgano de contratación aportó el expediente y presentó un escrito de alegaciones con fecha 9 de marzo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La medida cautelar ha sido solicitada por persona interesada en la adjudicación de un contrato público, habiéndose realizado dicha solicitud en el plazo y por los medios previstos en el artículo 125, apartados 1 y 2, de la LFCP, por lo que procede su examen.

SEGUNDO.- El artículo 125 de la LFCP regula las medidas cautelares en relación las reclamaciones especiales en materia de contratación pública, estableciendo 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, siempre y cuando, en los citados casos, no se produzca la suspensión automática del acto impugnado prevista en el artículo 124.4 de esta ley foral.*

*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 de los actos de trámite, del acto de adjudicación, de un acuerdo marco 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”.*

La mercantil MOBILIARIO SMART ANDALUCÍA, S.L. ha solicitado la adopción de la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, sustentando dicha petición en las siguientes razones:

1ª. Que no ha sido notificada correctamente por correo para que pueda realizar su subsanación, de igual forma que se notificó la decisión de exclusión con fecha 1 de marzo de 2023, con el archivo adjunto “ACTA MESA CONTRATACIÓN de 27 de febrero de 2023”, donde especifica la exclusión por no cumplir el pliego y no haber subsanado la documentación.

Señala con posterioridad, en su escrito de 7 de marzo, que el Acuerdo 18/2023, de 20 de febrero, ordenó la retroacción del procedimiento al objeto de que el órgano de contratación notificara a la reclamante, de forma motivada, su exclusión del procedimiento, sin que tal notificación motivada se haya producido.

2ª. Que es evidente que la falta de notificación conlleva la falta de motivación, si bien la recurrente, adelantándose quizás a la motivación que pueda esgrimir el órgano de contratación, quiere hacer constar que cumple con los requisitos técnicos que se marcaron en el procedimiento de adjudicación, tal y como se puede comprobar en la Memoria técnica adjunta.

3ª. Que, dada la falta de notificación de la exclusión y la falta de información inicial acerca de los motivos de tal decisión, la empresa se ha visto imposibilitada de realizar las aclaraciones y subsanaciones pertinentes, lo que supone una lesión de los derechos que le asisten y que se encuentran sobradamente motivados en el Acuerdo 18/2023, de 20 de febrero.

4ª. Que, a la luz de lo expuesto, es evidente que se hace imprescindible la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento en tanto queda corregida la infracción recurrida, pues la adjudicación del contrato a un tercero provocaría perjuicio a los intereses de la empresa.

Por su parte, el órgano de contratación alega que la Mesa de Contratación acordó con fecha 27 de febrero mantener la exclusión de dicha empresa por el incumplimiento de una serie de requisitos, habiéndose producido la correspondiente notificación a través de PLENA el 1 de marzo, la cual se encontraba motivada, anexándose además el acta correspondiente. Niega que la oferta del licitador cumpla los requisitos mínimos exigidos y concluye que ha quedado acreditado que se ha corregido la infracción, habiéndose notificado la exclusión por los cauces legalmente establecidos y, por tanto, a pesar de que no se ha procedido a la adjudicación y continuar abierto el proceso de licitación, se mantiene por economía procesal la exclusión de la oferta por no cumplir con el objeto del contrato.

TERCERO.- 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, 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 advirtiéndolo, 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, entre otros)".*

La medida cautelar, por lo tanto, constituye un instituto jurídico al servicio de la tutela judicial efectiva, que tiene por finalidad asegurar que la resolución que recaiga en un procedimiento – de reclamación, en el presente caso – tenga relevancia o efectos no sólo jurídicos, sino también fácticos o reales, de tal forma que el estado de las cosas existente en el momento en que aquella se dicte no imposibilite su ejecución.

La decisión acerca de su adopción debe ir precedida de una ponderación acerca de los intereses que pudieran resultar afectados. En este sentido, alega el reclamante que la adjudicación del contrato a un tercero provocaría un perjuicio a sus intereses. El órgano de contratación, por su parte, no ha formulado reparo alguno en relación con la adopción de la medida cautelar solicitada, si bien sí ha formulado alegaciones respecto a los motivos puestos de manifiesto por la empresa peticionaria.

Cabe señalar, asimismo, que del examen del expediente remitido y de las alegaciones formuladas, se constata que el procedimiento de adjudicación se encuentra en fase de valoración de las ofertas técnicas (sobre B), no habiéndose producido todavía la apertura del sobre C, relativo a los criterios de adjudicación cuantificables mediante la aplicación de fórmulas.

Este Tribunal se pronunció en su Acuerdo 106/2020, de 10 de noviembre, acerca de una solicitud de suspensión del procedimiento como medida cautelar en una situación análoga en los siguientes términos:

*“Así, del examen del expediente remitido por el órgano de contratación se constata que todavía no se ha producido la apertura de las ofertas formuladas por los licitadores respecto a los criterios cuantificables mediante fórmulas (Sobre C), por lo que la suspensión del procedimiento permitiría, en caso de que se estimara la reclamación interpuesta, admitir al reclamante a la licitación, abriéndose y valorándose su oferta en igualdad de condiciones respecto a los demás licitadores y*

*con observancia del orden de apertura y valoración de las ofertas previsto en el artículo 97 de la LFCP.*

*En caso contrario, si se continuara con la tramitación del procedimiento de adjudicación y se produjera la apertura de las ofertas valorables mediante la aplicación de fórmulas antes de que se resolviera por este Tribunal la reclamación interpuesta, su eventual estimación debería conllevar la anulación de todo el procedimiento de adjudicación, en los términos expuestos, entre otros, en el Acuerdo 93/2019, de 20 de diciembre, de este Tribunal:*

*“En este sentido debemos recordar la doctrina contraria a la retroacción de actuaciones al momento de valoración de los criterios sujetos a juicio de valor una vez conocida la valoración de los criterios evaluables mediante fórmulas automáticas, avalada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2009 (citada en nuestros Acuerdos 13/2019 y 31/2019) en la que se hace eco de la relevancia del secreto de las proposiciones cuando indica que “se trata de garantizar no solo la igualdad entre los licitadores sino también de evitar que el poder adjudicador, o administración contratante, conozca su contenido con anterioridad al acto formal de apertura de las ofertas favoreciendo una determinada adjudicación en razón a ese conocimiento previo. Mediante tal exigencia se pretende que el proceso sea objetivo y desarrollado con absoluta limpieza sin interferencias. Por ello, cuando se quebranta el secreto de la proposición la nulidad del procedimiento constituye la consecuencia inevitable, tal cual hemos reflejado en el fundamento anterior.”*

Por lo tanto, realizada la ponderación acerca de los intereses afectados a que antes se ha hecho referencia, cabe concluir que la suspensión solicitada podría redundar en un beneficio para el interés público, mediante la evitación de una eventual nulidad del procedimiento de adjudicación en caso de que se continuara con su tramitación, mientras que reportaría un beneficio a la empresa solicitante, por cuanto conservaría una expectativa de poder continuar en el citado procedimiento.

No se observa, de adverso, ningún perjuicio para los citados intereses como consecuencia de la adopción de la medida cautelar solicitada, debiendo recordarse que,

en todo caso, la medida cautelar quedará sin efecto si no se interpusiera la reclamación especial en el plazo legalmente previsto, dado que la eficacia de aquella se encuentra vinculada a la interposición de esta.

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. Adoptar la medida cautelar solicitada por MOBILIARIO SMART ANDALUCÍA, S.L. en relación con su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “*Suministro Puntos de Información Turística Digitales 24h*”, licitado por el Consorcio para las Estrategias de Desarrollo de la Ribera de Navarra (Consortio EDER), consistente en la suspensión del procedimiento de adjudicación de dicho contrato.

2º. Notificar este Acuerdo a MOBILIARIO SMART ANDALUCÍA, S.L. y al Consorcio para las Estrategias de Desarrollo de la Ribera de Navarra (Consortio EDER), y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Contra este Acuerdo no cabe recurso alguno, sin perjuicio del recurso que proceda contra la resolución que se dicte en el procedimiento principal.

Pamplona, 10 de marzo de 2023. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre. LA VOCAL, Idoia Tajadura Tejada.