

**Recurso: 3/2018**

**Resolución: 3/2018 (Medidas Cautelares)**

## **RESOLUCIÓN**

Marbella a 3 de Diciembre de 2018

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.**- Por parte de la entidad Transportes Discrecionales Málaga S.L. se ha interpuesto recurso especial en materia contractual contra los pliegos que han de regir la licitación del contrato de prestación del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en el término municipal de Marbella (Exp. SE 2/19 GENMAR 3982), mediante tramitación por procedimiento abierto, tramitación ordinaria, habiéndose acordado por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales del Excmo. Ayuntamiento de Marbella por ser el órgano competente para la resolución especial interpuesto, la admisibilidad del mismo acordada en su sesión celebrada el día 20 de Noviembre de 2018.

**SEGUNDO.**- En el escrito del recurso presentado se solicita medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación considerando que la continuación de dicho procedimiento sin la resolución del presente recurso, haría perder su finalidad al mismo e irrogaría perjuicios de muy difícil o imposible reparación a la mercantil recurrente pues la misma no podría tomar parte en el mismo como licitadora, so pena de aceptar incondicionalmente las cláusulas de los pliegos que ahora impugna.

Asimismo por dicha entidad mercantil recurrente considera necesario que, igualmente, se proceda a la suspensión cautelar de manera urgente e inmediata del plazo para la presentación de proposiciones a la licitación referenciada, puesto que el mero hecho de que se permita la presentación de ofertas en el supuesto de que el recurso prospere ya limitará, en una segunda licitación, al efecto del procedimiento abierto por incertidumbre de cuántos licitadores concurrirán y de quienes han mostrado interés.

**TERCERO.-** Con fecha 12 de Noviembre de 2018 se requirió por parte de la Secretaría del Tribunal entre otra documentación, pronunciamiento sobre la medida cautelar interesada, habiéndose remitido a este Tribunal informe del órgano de contratación de 15 de Noviembre de 2018 oponiéndose a la suspensión interesada al considerar que la documentación de la licitación es suficiente para poder presentar una oferta y no resulta indefinida toda vez que cerrar otros aspectos podría suponer ir contra la propia LCSP al reconducir la oferta a determinadas marcas o modelos.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** La entidad recurrente solicita la medida cautelar de suspensión en su escrito de interposición del recurso especial en materia de contratación, por lo que ha de estarse, respecto a su tramitación y adopción, a lo dispuesto en los artículos 49 y 56.3 LCSP.

**SEGUNDO.-** Las medidas cautelares, como señala el artículo 49.1 de la LCSP, 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.

Al respecto la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha tenido oportunidad de pronunciarse con frecuencia sobre la adopción de medidas cautelares en el marco de los procedimientos de adjudicación de contratos, si bien los escasos pronunciamientos resultan de enorme interés. En este sentido, en el asunto C-424/01 (ATJ de 9 de abril de 2003), 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, por lo que queda en manos del Derecho nacional la regulación de esta exigencia.

Ciertamente, la regulación de las medidas cautelares en la legislación de contratos del sector público no define los parámetros a tener en cuenta para su adopción o denegación. Es por ello que debe acudir con carácter supletorio a lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas sobre la suspensión de la ejecución del acto impugnado y a la propia doctrina del Tribunal Supremo en la materia –Sentencia de 25 de febrero de 2011 y de 26 de septiembre de 2011 (RJ 2011/11/1653 y RJ 2011/7212)-, pues los principios asentados por el más Alto Tribunal con relación al proceso de adopción de medidas cautelares cabe entenderlos de aplicación en el marco del presente 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:

- **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 pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.

- **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.

- **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 perjuicio de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, solo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto.

- **La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris)**, supuso una gran innovación respecto de los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares, si bien la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene limitando, tras la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de 1998, la aplicación del principio de 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.-** Entrando a analizar la procedencia o no de la medida cautelar interesada, en base a la doctrina anteriormente referenciada procede señalar en primer lugar que la posibilidad de su adopción exige una necesidad de justificación o prueba aún incompleta, de forma que como recoge la doctrina del tribunal supremo en materia de justicia cautelar, la mera alegación sin prueba no permita estimar probado que la ejecución del acto pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.

En segundo lugar, frente a las causas que se alegan para acordar la medida de suspensión que son fundamentalmente la hipotética “oscuridad” de los pliegos o más bien de determinadas cláusulas del mismo que le impiden presentar una oferta, se opone el órgano de contratación considerando que no se aprecia la oscuridad pretendida por la recurrente.

Junto a ello cabe señalar, que pese a lo señalado por la entidad mercantil recurrente, esto es la imposibilidad de presentar una oferta por apreciar una “hipotética” oscuridad en los pliegos ha de recordarse que el art. 138 LCSP articula el mecanismo de las “aclaraciones” pues como señala su apartado 3 *“los órganos de contratación proporcionarán a todos los interesados en el procedimiento de licitación, a más tardar 6 días antes de que finalice el plazo fijado para la presentación de ofertas, aquella información adicional sobre los pliegos y demás documentación complementaria que éstos soliciten, a condición de que la hubieren pedido al menos 12 días antes del transcurso del plazo de presentación de las proposiciones o de las solicitudes de participación, salvo que en los pliegos que rigen la licitación se estableciera otro distinto”*.

De manera que dicha vía de las “aclaraciones” se habilita para los “interesados” en el procedimiento de licitación, incluso antes de la presentación de la correspondiente oferta, de la que no se tiene constancia que haya hecho uso la mercantil recurrente.

De hecho tal y como obra en el expediente que rige la licitación ,el órgano de contratación en virtud de decreto de fecha de 14 de Noviembre de 2018 acordó ampliar el plazo de presentación de ofertas en 7 días naturales en virtud de lo dispuesto en el art. 136 LCSP *“teniendo en cuenta que la publicación del expediente ha generado un gran número de preguntas sobre los pliegos reguladores cuyas respuestas se tramitan a través de la Plataforma de Contratos del Estado, que estamos a fecha de 13 de noviembre y que quedan aún bastantes cuestiones por responder, no habiéndose estipulado plazo máximo para la admisión de dichas cuestiones, se hace necesario acordar una fecha límite para la aceptación de preguntas y dudas, así como la ampliación del plazo máximo habilitado al efecto”*.

Y así lo pone de manifiesto el hecho de que pese a lo indicado por la entidad mercantil recurrente por el órgano de contratación se indica que tras consulta en la Plataforma de Contratación del Sector Público consta como interesados hasta 3 entidades mercantiles, y que por ende no les ha imposibilitado la presentación de una oferta en base a las causas que se alegan por la recurrente.

Por último, en cuanto a los eventuales perjuicios de difícil o imposible reparación que se invocan por la recurrente de forma absolutamente genérica, se considera que los mismos no son tales, dado que en caso de estimarse las pretensiones en la resolución sobre el fondo del asunto, que es el momento procedimental en el que procede analizar las causas que se alegan, se considera que la medida cautelar de suspensión resulta ser una medida desproporcionada, pues en el caso de estimación de las causas que se alegan deberían aprobarse unos nuevos pliegos y convocar una nueva licitación, lo que no irrogaría perjuicio alguno a la entidad recurrente en caso de ver estimadas sus pretensiones, y que le permitiría tomar parte como licitadora en caso de que como decimos viere estimadas sus pretensiones en caso de resultar acreditadas las infracciones que se invocan.

Y en lo que se refiere a la posibilidad de suspender cautelarmente el plazo para la presentación de ofertas o proposiciones por los interesados, se trata de una medida carente de virtualidad alguna por haber finalizado el mismo de conformidad con la documentación que obra en el expediente de contratación, al haber finalizado dicho plazo el día 21 de noviembre de 2018.

Por todo lo expuesto, este Tribunal

### **ACUERDA**

Denegar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación del contrato de prestación del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en el término municipal de Marbella (Exp. SE 2/19 GENMAR 3982) mediante tramitación por procedimiento abierto, convocado por el Excmo. Ayuntamiento de Marbella, en base a los fundamentos de derechos expuestos en el cuerpo de la presente resolución.

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