



Expediente: 115/2020

ACUERDO 112/2020, de 23 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 NEXO DISEÑO Y COMUNICACIÓN, S.L. frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Orkoien de 5 de noviembre de 2020 por el que se adjudica el “*Servicio para la redacción, diseño, traducción e impresión del Boletín Municipal, Agenda Cultural, Programa de Actividades Culturales y Deportivas y Programa de Fiestas*” de dicho Ayuntamiento a PRODUCCIONES MIC, S.L.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 27 de mayo de 2020, el Ayuntamiento de Orkoien publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Servicio para la redacción, diseño, traducción e impresión del Boletín Municipal, Agenda Cultural, Programa de Actividades Culturales y Deportivas y Programa de Fiestas*” de dicho Ayuntamiento.

A dicho contrato concurrió, entre otros licitadores, NEXO DISEÑO Y COMUNICACIÓN, S.L.

SEGUNDO.- Por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Orkoien de 5 de noviembre de 2020 se adjudicó el contrato a PRODUCCIONES MIC, S.L.

TERCERO.- Con fecha 17 de noviembre de 2020, NEXO DISEÑO Y COMUNICACIÓN, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación

pública frente a dicha adjudicación. Señala que, dado que el acto recurrido es la adjudicación, la suspensión se produce de forma automática, no obstante lo cual, solicita que se adopte la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato, impidiéndose su formalización, por cuanto el mismo está viciado por la flagrante violación de los principios rectores de la contratación pública.

Señala, a este respecto, que las medidas cautelares deben ir dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los interesados. Manifiesta que existe “*fumus boni iuris*” porque resulta un hecho objetivo la redacción de los criterios y las valoraciones efectuadas por la Mesa y acordadas como base de la adjudicación. Asimismo, señala que esta solicitud guarda clara relación con el derecho a la tutela judicial efectivamente consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución, que se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que este, con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión.

Alega que 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*”.

Concluye señalando que “*debe tenerse en cuenta el reducido plazo de resolución de este recurso, a diferencia de otras vías que no dañaría el posible impacto de retraso en el interés público por la suspensión de la adjudicación hasta el momento de pronunciamiento por el Tribunal*”.

CUARTO.- Con fecha 19 de noviembre de 2020, el órgano de contratación aportó el expediente y un escrito de alegaciones, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 125.3 y 126.4 de la LFCP, no realizando, sin embargo, alegación alguna en relación con la medida cautelar solicitada por la reclamante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Conforme a lo previsto en el artículo 4.1.c) de la LFCP, la misma se aplicará a los contratos públicos celebrados por las Entidades Locales de Navarra y, de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma norma, son susceptibles de impugnación los actos de adjudicación dictados por una entidad sometida a dicha ley foral en un procedimiento de adjudicación.

SEGUNDO.- La reclamación formulada 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.

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

CUARTO.- El acuerdo de adjudicación recurrido fue dictado el 5 de noviembre de 2020, no constando en el expediente remitido por el órgano de contratación a este Tribunal el justificante de su notificación a la mercantil reclamante. Sin embargo, el traslado del acuerdo remitido fue firmado el 12 de noviembre, por lo que ha de considerarse que la reclamación interpuesta el 17 de noviembre se ha presentado dentro del plazo previsto en el artículo 124.2.b) de la LFCP. Asimismo, la reclamación se ha presentado en la forma prevista en el artículo 126.1 de la misma Ley Foral.

QUINTO.- Tal y como se ha expuesto, la 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 registrará 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 reclamante, tras aludir a la suspensión automática del acto impugnado, por ser este la adjudicación del contrato, solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, alegando la doctrina del “*fumus boni iuris*”, la relación de su solicitud con el derecho a la tutela judicial efectiva, y la inexistencia de daño o lesión al interés público derivado de la suspensión como consecuencia del reducido plazo de resolución 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 la 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 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)".

Vista la petición de la reclamante cabe señalar, en primer lugar, que la suspensión automática del acto impugnado se produjo con la interposición de la reclamación, tal y como aquella manifiesta, por lo que carece de razón la alegación que realiza en el sentido de que el derecho a la tutela judicial efectiva “*se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión del Tribunal*”, así como la cita jurisprudencial que incorpora a sus alegaciones, ya que la misma se refiere, igualmente, a la “*ejecución inmediata de un acto administrativo*”.

Respecto a los criterios antes señalados, y comenzando por la aplicación del “*periculum in mora*”, cabe señalar que 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, dado el momento procedimental en el que se ha presentado la reclamación, se advierte que la apertura de las ofertas de los licitadores relativas a los

criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas (criterio social y oferta económica) ya se ha producido, por lo que la suspensión del procedimiento no tendría como efecto impedir dicha apertura.

Tampoco la satisfacción de la petición formulada por la reclamante, consistente en la declaración de nulidad del procedimiento de contratación y del pliego de condiciones, requiere la adopción de la medida cautelar solicitada.

El principio de celeridad que rige la tramitación y resolución de las reclamaciones especiales en materia de contratación pública, con unos plazos muy reducidos, podría servir para justificar, no sólo la suspensión solicitada, tal y como manifiesta la reclamante, sino también la solución contraria, dado que su interés particular resultaría tan poco dañado como el interés público que representa el órgano de contratación

Por último, en relación con la doctrina de la apariencia de buen derecho, que alega la reclamante, 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. Así, aun cuando aquella alega la concurrencia de vicios determinantes de nulidad de pleno derecho, estos no pueden ser catalogados de manifiestos, dado que su apreciación requerirá, en todo caso, del análisis del expediente de contratación y de la valoración de las circunstancias concurrentes.

Por lo tanto, atendiendo a lo expuesto, debe denegarse la medida cautelar solicitada por la 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, tal y como la propia reclamante manifiesta, 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 NEXO DISEÑO Y COMUNICACIÓN, S.L. frente al acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Orkoien de 5 de noviembre de 2020 por el que se adjudica el “*Servicio para la redacción, diseño, traducción e impresión del Boletín Municipal, Agenda Cultural, Programa de*

Actividades Culturales y Deportivas y Programa de Fiestas” de dicho Ayuntamiento a PRODUCCIONES MIC, S.L.

2º. Notificar este Acuerdo a NEXO DISEÑO Y COMUNICACIÓN, S.L., al Ayuntamiento de Orkoien, 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, 23 de noviembre de 2020. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer.
LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.