



Expediente: 21/2021

ACUERDO 31/2021, de 26 de marzo, 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 SIEMENS HEALTHCARE, S.L. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “*OB10/2020 Arrendamiento del equipamiento que compone el quirófano híbrido y la obra necesaria de adaptación de los locales (incluyendo proyecto y Dirección de Obra)*” licitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea (en adelante SNS-O) publicó el 3 de noviembre de 2020 en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*OB10/2020 Arrendamiento del equipamiento que compone el quirófano híbrido y la obra necesaria de adaptación de los locales (incluyendo proyecto y Dirección de Obra)*”

SEGUNDO.- Por acuerdo de la Mesa de Contratación, de 8 de marzo de 2021, se excluyó la oferta presentada por SIEMENS HEALTHCARE, S.L. por el incumplimiento de las prescripciones técnicas en relación al “*Ecodopler portátil*” ofertado por dicho licitador, haciéndose constar en la notificación de dicha exclusión, de 12 de marzo, lo siguiente:

“El modelo presentado por Ud. en su oferta, Acuson Juniper, es un equipo de ecografía que no es portátil. El ecógrafo presentado por SIEMENS HEALTHCARE, S.L.U. dispone de carro integrado en el equipo, siendo indivisible, por lo que no es

posible transportarlo con una mano ni apoyarlo sobre otras superficies para facilitar el trabajo.”

TERCERO.- Con fecha 22 de marzo de 2021, SIEMENS HEALTHCARE, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación pública frente a dicha exclusión alegando, en síntesis, la errónea interpretación de los pliegos por la Mesa de Contratación, que, en su caso, la interpretación de una cláusula oscura del pliego no puede beneficiar al órgano de contratación, que el acuerdo de exclusión vulnera los principios básicos de la contratación pública y que es desproporcionado dado que el ecógrafo es una parte accesoria del objeto del contrato y, en definitiva, que el ecógrafo ofertado sí cumple las prescripciones técnicas del contrato.

Asimismo, al amparo del artículo 125 de la LFCP solicita la medida cautelar de suspensión de la licitación a fin de prevenir los perjuicios que podría sufrir el propio reclamante, el resto de licitadores y el interés público o general si se continuara con el procedimiento y se procediera a la apertura pública de las ofertas relativas a los criterios de adjudicación cuantificables mediante fórmulas, dado que, en caso de estimación de la reclamación, debería anularse la licitación. Alude, como término de comparación, al supuesto resuelto por el Acuerdo 21/2021, de 25 de febrero, de este Tribunal.

El 22 de marzo se solicitó la subsanación de la reclamación, la cual se cumplimentó el mismo día.

CUARTO.- Con fecha 25 de marzo de 2021 el órgano de contratación aportó el expediente del contrato y un escrito de alegaciones, en el que solicita la desestimación de la reclamación y manifiesta, en relación con la medida cautelar solicitada, *“que la misma no ha lugar, por cuanto, tal y como dispone el artículo 124.4 de la mencionada Ley Foral, la impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, conlleva 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”*.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El SNS-O es un organismo autónomo adscrito al Departamento de Salud, por lo que se encuentra sometido a la LFCP en virtud de lo dispuesto en su artículo 4.1.b), siendo el acto impugnado susceptible de reclamación ante este Tribunal conforme al artículo 122.2.

SEGUNDO. - La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador que acredita un interés directo o legítimo, cumpliendo con ello el requisito establecido en los artículos 122.1 y 123.1 de la LFCP.

TERCERO. - 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.

CUARTO. - 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 a lo dispuesto en el artículo 124.3.c) 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 órgano de contratación, por su parte, señala que no procede dicha suspensión por cuanto el artículo 124.4 de la LFCP dispone que la impugnación de actos de trámite o de la adjudicación de un contrato, conlleva la suspensión automática del acto impugnado hasta el momento en que este Tribunal adopte un acuerdo sobre la reclamación presentada.

Tal y como señala el órgano de contratación, el artículo 124.4 de la LFCP dispone 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 este caso de la exclusión de la oferta del reclamante, con las consecuencias inherentes a dicha suspensión respecto al propio procedimiento de adjudicación que deberá entenderse, por ello, también suspendido.

Sin embargo, lo cierto es que el artículo 125.1 de la LFCP prevé la posibilidad de que los interesados en la licitación y adjudicación de un contrato público soliciten la suspensión del procedimiento como medida cautelar, por lo que debe examinarse y resolverse acerca de la medida cautelar instada.

SEXTO.- A este respecto, el artículo 125 de la LFCP señala 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.”*

El reclamante justifica su petición en los perjuicios que conllevaría, tanto para los licitadores como para el interés público o general, la continuación del procedimiento de contratación, con la consiguiente apertura de las ofertas relativas a los criterios de

adjudicación cuantificables mediante fórmulas, en caso de que se produjera una estimación de su reclamación, por cuanto en tal caso debería anularse todo el procedimiento.

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”.

Vistos los criterios con arreglo a los cuales debe decidirse acerca de la medida cautelar solicitada, así como las razones aducidas por el reclamante para instar la suspensión del procedimiento de adjudicación, cabe señalar que la continuación del mismo podría hacer perder su finalidad legítima a la reclamación, en caso de una eventual estimación de la misma, dados los términos en que se encuentra redactado su “petitum”, por cuanto lo que solicita es la anulación de la exclusión de su oferta y la retroacción del procedimiento al objeto de su valoración.

Así, del anuncio de licitación publicado en el Portal de Contratación de Navarra, 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, 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, atendiendo a lo expuesto, debe estimarse la medida cautelar solicitada por el reclamante, consistente en la suspensión del procedimiento de licitación.

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. Estimar 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 SIEMENS HEALTHCARE, S.L. frente a la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato “*OB10/2020 Arrendamiento del equipamiento que compone el quirófano híbrido y la obra necesaria de adaptación de los locales (incluyendo proyecto y Dirección de Obra)*” licitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

2º. Notificar este Acuerdo a SIEMENS HEALTHCARE, S.L. y al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, 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, 26 de marzo de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, María Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.