



Exp. Junta Consultiva: RES 1/2020

Resolución de la solicitud de suspensión

Exp. de origen: contrato de suministro de otoscopios y oftalmoscopios con destino a los centros de Salud dependientes de la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca ACASU 2019/35636

Órgano de contratación: Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: IBOR, Ortopedia y Medicina, SL

Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 12 de febrero de 2020

Dada la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución del director gerente de Atención Primaria de Mallorca por la que se adjudica el contrato de suministro de otoscopios y oftalmoscopios con destino a los centros de salud dependientes de la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca que la empresa IBOR Ortopedia y Medicina, SL, ha planteado en el recurso especial en materia de contratación que ha interpuesto, la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resuelve lo siguiente:

Hechos

1. El 27 de noviembre de 2019, el director gerente de Atención Primaria de Mallorca dictó la Resolución por la que se adjudica el contrato de suministro de otoscopios y oftalmoscopios con destino a los centros de salud dependientes de la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca, tramitado por el procedimiento abierto simplificado abreviado. La resolución de adjudicación a favor de la empresa GALMEDICA, SL, se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público y se notificó el 7 de enero de 2020. La formalización del contrato se llevó a cabo mediante la firma de aceptación de la empresa adjudicataria.
2. El 27 de enero de 2020, la representante de la empresa IBOR Ortopedia y Medicina, SL, (en adelante, la recurrente o IBOR) presentó en el registro de la Secretaría de Estado de Función Pública del Ministerio de Hacienda y Función Pública, dirigido en la Consejería de Hacienda y Relaciones Exteriores, un recurso especial en materia de contratación contra la

Resolución de adjudicación del contrato. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 28 de enero.

La recurrente fundamenta el recurso en los argumentos siguientes:

- El pliego de prescripciones técnicas (en adelante PPT) no exigía que los equipos tuviesen que funcionar sin cable. De hecho, cuatro de los cinco licitadores ofrecieron equipos con cable.
- Los equipos ofrecidos por la recurrente cumplen todas las especificaciones previstas en el PPT, que no dependen de si el equipo funciona o no con cable.
- El procedimiento de licitación abierto simplificado abreviado no permite la aplicación de criterios de adjudicación que conlleven un juicio de valor.
- El PPT debe interpretarse en sentido literal. Las cláusulas oscuras no pueden interpretarse en el sentido que favorezca a la parte que ha causado la oscuridad.

Con estos argumentos, la recurrente solicita que se declare nula la Resolución de adjudicación del contrato o, subsidiariamente, que se retrotraigan las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la adjudicación del contrato.

Así mismo, también solicita, como medida provisional, la suspensión de la ejecución de la Resolución de adjudicación del contrato recurrida, de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), que fundamenta en los siguientes argumentos:

- En caso de que se estimase este recurso, la recurrente resultaría adjudicataria del contrato, por haber presentado la oferta económicamente más ventajosa.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la resolución por la que se adjudica un contrato de suministro, tramitado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, que tiene carácter de administración pública.

Contra este acto puede interponerse el recurso especial en materia de contratación que prevé el artículo 66 de la Ley 3/2003, de 26 de marzo, de régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (en adelante, LRJ-CAIB). La competencia para resolver este recurso corresponde en la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de acuerdo con la letra *m* del artículo 2 y el artículo 7 del texto consolidado del Decreto por el que se crean la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, el Registro de Contratos y el Registro de Contratistas, aprobado por el Decreto 3/2016, de 29 de enero.

La competencia de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para resolver el recurso especial en materia de contratación comprende también la facultad de suspender la ejecución del acto impugnado y, si es el caso, la adopción de medidas cautelares. Esta facultad la ostenta la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, por delegación de la Comisión Permanente, que se acordó el 27 de septiembre de 2019.

2. Antes de entrar a analizar los motivos en los que la recurrente fundamenta la solicitud de suspensión, hay que tener en cuenta el régimen jurídico que le es aplicable, así como el que tiene establecido la jurisprudencia al respecto.

A las solicitudes de suspensión de los actos administrativos en sede del recurso especial en materia de contratación del artículo 66 de la LRJ-CAIB, no les es de aplicación el artículo 53 de la LCSP, sino el régimen jurídico previsto en el artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), que dispone lo siguiente:

1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca el contrario, no suspende la ejecución del acto impugnado.
2. No obstante lo que dispone el apartado anterior, el órgano a quien compete resolver el recurso, con la ponderación previa, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el ocasionado al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recorrido, puede suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las circunstancias siguientes:
 - a) Que la ejecución pueda causar perjuicios de reparación imposible o difícil.
 - b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho que prevé el artículo 47.1 de esta Ley.



Así, por regla general, los actos administrativos son inmediatamente ejecutivos y solo se podrá acordar la suspensión realizando un análisis detallado de la concurrencia de los requisitos mencionados, de acuerdo con la interpretación que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante, TS) hace de cada uno de ellos:

— En relación con los perjuicios de difícil o imposible reparación: el TS mantiene que tal consideración tiene que tomarse en base a la justificación que ofrezca el recurrente en el momento de solicitar la suspensión. Por lo tanto, el deber de acreditar la concurrencia de perjuicios de difícil o imposible reparación corresponde al recurrente, y la mera alegación, sin ninguna prueba, no permite considerar probado que la ejecución del acto impugnado le cause perjuicios ni que estos sean difíciles o imposibles de reparar (entre otras, pueden mencionarse las Sentencias del TS de 27 de marzo de 2014, de 18 de abril de 2016, de 30 de enero de 2008 o 20 de diciembre de 2007). En esta última (RJ 1998/3216), el Tribunal Supremo es especialmente claro al considerar lo siguiente:

No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aportó al menos un principio de prueba de la sobreveniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.

— En relación con la concurrencia de una causa de nulidad para que pueda adoptarse la suspensión solicitada: el TS exige que la nulidad sea evidente o manifiesta, de manera que se aprecie, al menos con carácter indiciario, que existe una causa clara de nulidad. En este sentido hay que tener en cuenta la Sentencia del TS de 23 de marzo de 2001 (RJ 2001/3004), que indicó que:

No resulta suficiente por último, en contra de lo que se alega, la simple invocación de la existencia de un vicio de nulidad de pleno Derecho de los acuerdos impugnados para que proceda acordar su suspensión cautelar. Esta Sala tiene declarado que la apariencia de buen Derecho solo puede admitirse en casos en los que la pretensión del recurrente aparezca justificada en forma manifiesta, sin necesidad de un análisis detenido de la legalidad, que está reservado necesariamente al proceso principal.

Además, en el momento de analizar la causa de nulidad alegada, debe tenerse en cuenta el criterio jurisprudencial restrictivo en la apreciación de causas de nulidad de los actos administrativos en el momento de la adopción de medidas cautelares, establecido entre otros en la Sentencia del TS de 11 de noviembre de 2003 (RJ 2004/402), en el sentido siguiente:



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 que ya fue anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que tienen que ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de forma que por amparar el derecho a una efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), 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»

En este sentido, hay que mencionar la Sentencia del TS de 18 de mayo de 2004 (RJ 2004/4409), en la que consta que:

[...] es también doctrina reiterada del Tribunal Supremo, la que precisa que la pieza de suspensión o el incidente de medidas cautelares no es el cauce o momento procesal oportuno para resolver la cuestión de fondo, ni por tanto para hacer valoraciones que sean propias del fondo del asunto, pues ello sería tanto como desvirtuar su propia naturaleza y contenido, y el resolver la cuestión de fondo sin trámite de demanda, de prueba y de conclusiones, esto es, sin las garantías y trámites que al efecto ha establecido el Legislador.

— En relación con la necesidad de ponderar los intereses concurrentes: hay que tener en cuenta que para que pueda llevarse a cabo tal ponderación, debe partirse de la base de la existencia de una mínima actividad probatoria por parte del recurrente, relativa al daño que le ocasionaría la ejecutividad del acto o resolución administrativa objeto de recurso. Así lo exige el TS, por ejemplo, en la Sentencia de 6 de marzo de 2006 (RJ 2006/1081):

La necesidad de ponderación de los intereses en juego requiere que la petición de suspensión haya ido acompañada de una mínima actividad probatoria sobre el perjuicio derivado de la ejecución.

Por tanto, sin esta mínima actividad probatoria del recurrente no habría nada que ponderar, puesto que no sería posible llevar a cabo un juicio entre los intereses contrapuestos, públicos, privados y de terceros, para ponderar y decantarse por el que resulte más digno de protección.

Aún así, hay que decir que el jefe de servicio de asesoría jurídica del órgano de contratación se ha pronunciado en relación con la solicitud de suspensión del recurrente, valorando los perjuicios que la solicitud de

suspensión podría ocasionar al interés público o a terceros y ha mencionado, entre otros, los siguientes:

Por un lado, la suspensión causaría un perjuicio al interés público puesto que nos encontramos ante un instrumento básico para que los profesionales de la medicina de Familia y de la Enfermería de los servicios públicos sanitarios asistenciales puedan llevar a cabo su actividad diaria, asegurando con esto la calidad asistencial y, al mismo tiempo, permitir incrementar la eficiencia de las consultas, facilitando el diagnóstico y evitando derivaciones innecesarias, cosa que aumenta la eficacia al prevenir la masificación de la asistencia hospitalaria.

Por otro lado, tal como ha informado la Dirección de la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca, el material ya ha sido suministrado por la empresa adjudicataria (Galmédica, SL), se ha procedido a la tramitación de la correspondiente factura por parte de la Unidad de Gestión Económica de Atención Primaria de Mallorca y se está distribuyendo en los centros de salud y a las unidades básicas de salud dependientes de Atención Primaria de Mallorca.

Así mismo, la suspensión también perjudicaría a la empresa adjudicataria, que es la que ofreció aquello que se solicitaba.

Por todo ello, dado que no concurren ninguna de las circunstancias previstas en el artículo 117.2 de la Ley 3/2003, para exceptuar la regla general, debe concluirse que la Resolución del director gerente de Atención Primaria de Mallorca por la que se adjudica el contrato de suministro de otoscopios y oftalmoscopios con destino a los centros de salud dependientes de la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca, es un acto administrativo inmediatamente ejecutivo.

Resuelvo

1. Desestimar la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución del director gerente de Atención Primaria de Mallorca por la que se adjudica el contrato de suministro de otoscopios y oftalmoscopios con destino a los centros de salud dependientes de la Gerencia de Atención Primaria de Mallorca, dado que no se acredita que se derive ningún perjuicio para el recurrente.
2. Notificar esta Resolución a las personas interesadas y al Servicio de Salud de las Illes Balears.

Interposición de recursos

Contra esta Resolución —que agota la vía administrativa— puede interponerse un recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-



G
O
I
B
/

Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de las Illes Balears en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a aquél en que se reciba la notificación, de acuerdo con los artículos 10.1 *a* y 46 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.