



Exp. Junta Consultiva: RES 1/2020

Resolució de la sol·licitud de suspensió

Exp. d'origen: contracte de subministrament d'otoscopis i oftalmoscopis amb destinació als centres de Salut dependents de la Gerència d'Atenció Primària de Mallorca ACASU 2019/35636

Òrgan de contractació: Servei de Salut de les Illes Balears

Recurrent: IBOR, Ortopedia y Medicina, SL

Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'12 de febrer de 2020

Atesa la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució del director gerent d'Atenció Primària de Mallorca per la qual s'adjudica el contracte de subministrament d'otoscopis i oftalmoscopis amb destinació als centres de salut dependents de la Gerència d'Atenció Primària de Mallorca que l'empresa IBOR Ortopedia y Medicina, SL, ha plantejat en el recurs especial en matèria de contractació que ha interposat, la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa resol el següent:

Fets

1. El 27 de novembre de 2019, el director gerent d'Atenció Primària de Mallorca va dictar la Resolució per la qual s'adjudica el contracte de subministrament d'otoscopis i oftalmoscopis amb destinació als centres de salut dependents de la Gerència d'Atenció Primària de Mallorca, tramitat pel procediment obert simplificat abreujat. La resolució d'adjudicació a favor de l'empresa GALMEDICA, SL, es va publicar a la Plataforma de contractació del sector públic i es va notificar el 7 de gener de 2020. La formalització del contracte es va dur a terme mitjançant la firma d'acceptació de l'empresa adjudicatària.
2. El 27 de gener de 2020, la representant de l'empresa IBOR Ortopedia y Medicina, SL, (en endavant, la recurrent o IBOR) va presentar al registre de la Secretaria d'Estat de Funció Pública del Ministeri d'Hisenda i Funció Pública, adreçat a la Conselleria d'Hisenda i Relacions Exteriors, un recurs especial en matèria de contractació contra la Resolució d'adjudicació del



contracte. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 28 de gener.

La recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

- El plec de prescripcions tècniques (en endavant PPT) no exigia que els equips haguessin de funcionar sense fil. De fet, quatre dels cinc licitadors van oferir equips amb fil.
- Els equips oferts per la recurrent compleixen totes les especificacions previstes en el PPT, que no depenen de si l'equip funciona o no amb fil.
- El procediment de licitació obert simplificat abreujat no permet l'aplicació de criteris d'adjudicació que comportin un judici de valor.
- El PPT s'ha d'interpretar en sentit literal. Les clàusules obscures no es poden interpretar en el sentit que afavoreixi la part que ha causat l'obscuritat.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que es declari nul·la la Resolució d'adjudicació del contracte o, subsidiàriament, que es retrotreguin les actuacions al moment immediatament anterior a l'adjudicació del contracte.

Així mateix, també sol·licita, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució de la Resolució d'adjudicació del contracte recorreguda, d'acord amb l'article 53 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (en endavant, LCSP), que fonamenta en els arguments següents:

- En cas que s'estimés aquest recurs, la recurrent esdevindria adjudicatària del contracte, per haver presentat l'oferta econòmicament més avantatjosa.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs és la resolució per la qual s'adjudica un contracte de subministrament, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquest acte es pot interposar el recurs especial en matèria de contractació que preveu l'article 66 de la Llei 3/2003, de 26 de març, de



règim jurídic de l'Administració de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears (en endavant, LRJ-CAIB). La competència per resoldre aquest recurs correspon a la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, d'acord amb la lletra *m* de l'article 2 i l'article 7 del text consolidat del Decret pel qual es creen la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears, el Registre de contractes i el Registre de contractistes, aprovat pel Decret 3/2016, de 29 de gener.

La competència de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa per resoldre el recurs especial en matèria de contractació comprèn també la facultat de suspendre l'execució de l'acte impugnat i, si n'és el cas, l'adopció de mesures cautelars. Aquesta facultat l'ostenta la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, per delegació de la Comissió Permanent, que es va acordar el 27 de setembre de 2019.

2. Abans d'entrar a analitzar els motius en què la recurrent fonamenta la sol·licitud de suspensió, cal tenir en compte el règim jurídic que li és aplicable, així com el que té establert la jurisprudència pel que fa al cas.

A les sol·licituds de suspensió dels actes administratius en seu del recurs especial en matèria de contractació de l'article 66 de la LRJ-CAIB, no les és d'aplicació l'article 53 de la LCSP, sinó el règim jurídic previst en l'article 117 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPAC), que disposa el següent:

1. La interposició de qualsevol recurs, excepte en els casos en què una disposició estableixi el contrari, no suspèn l'execució de l'acte impugnat.

2. No obstant el que disposa l'apartat anterior, l'òrgan a qui competeix resoldre el recurs, amb la ponderació prèvia, suficientment raonada, entre el perjudici que causaria a l'interès públic o a tercers la suspensió i l'ocasionat al recurrent com a conseqüència de l'eficàcia immediata de l'acte recorregut, pot suspendre, d'ofici o a sol·licitud del recurrent, l'execució de l'acte impugnat quan concorrin alguna de les circumstàncies següents:

- a) Que l'execució pugui causar perjudicis de reparació impossible o difícil.

- b) Que la impugnació es fonamenti en alguna de les causes de nul·litat de ple dret que preveu l'article 47.1 d'aquesta Llei.

Així, per regla general, els actes administratius són immediatament executius i només es podrà acordar la suspensió realitzant un anàlisi detallat de la concurrència dels requisits esmentats, d'acord amb la



interpretació que en fa la Jurisprudència del Tribunal Suprem (en endavant, TS) de cada un d'ells:

— En relació amb els perjudicis de difícil o impossible reparació: el TS manté que tal consideració s'ha de prendre sobre la base de la justificació que ofereixi el recurrent en el moment de sol·licitar la suspensió. Per tant, el deure d'acreditar la concurrència de perjudicis de difícil o impossible reparació correspon al recurrent, i la mera al·legació, sense cap prova, no permet considerar provat que l'execució de l'acte impugnat li causi perjudicis ni que aquests siguin difícils o impossibles de reparar (entre d'altres, es poden esmentar les Sentències del TS de 27 de març de 2014, de 18 d'abril de 2016, de 30 de gener de 2008 o 20 de desembre de 2007). En aquesta darrera (RJ 1998/3216), el Tribunal Suprem és especialment clar al considerar el següent:

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 aporte al menos un principio de prueba de la sobrevenida 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 relació amb la concurrència d'una causa de nul·litat perquè es pugui adoptar la suspensió sol·licitada: el TS exigeix que la nul·litat sigui evident o manifesta, de tal manera que s'aprecii, almenys amb caràcter indiciari, que existeix una clara causa de nul·litat. En aquest sentit cal tenir en compte la Sentència del TS de 23 de març de 2001 (RJ 2001/3004), que va indicar 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 sólo 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.

A més, en el moment d'analitzar la causa de nul·litat al·legada, s'ha de tenir en compte el criteri jurisprudencial restrictiu en l'apreciació de causes de nul·litat dels actes administratius en el moment de l'adopció de mesures cautelars, establert entre d'altres en la Sentència del TS d'11 de novembre de 2003 (RJ 2004/402), en el sentit següent:

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 han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión en el proceso principal, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera 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 aquest sentit, cal esmentar la Sentència del TS de 18 de maig de 2004 (RJ 2004/4409), en la qual 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 relació amb la necessitat de ponderar els interessos concurrents: cal tenir en compte que perquè es pugui dur a terme tal ponderació, s'ha de partir de la base de l'existència d'una mínima activitat probatòria per part del recurrent, relativa al dany que li ocasionaria l'executivitat de l'acte o resolució administrativa objecte de recurs. Així ho exigeix el TS, per exemple, en la Sentència de 6 de març 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.

Per tant, sense aquesta mínima activitat probatòria del recurrent no hi hauria res a ponderar, ja que no seria possible dur a terme un judici entre els interessos contraposats, públics, privats i de tercers, per ponderar i decantar-se pel que resulti més digne de protecció.

Tot i això, cal dir que el cap de servei d'assessoria jurídica de l'òrgan de contractació s'ha pronunciat en relació amb la sol·licitud de suspensió del recurrent, valorant els perjudicis que la sol·licitud de suspensió podria ocasionar a l'interès públic o a tercers i ha esmentat, entre d'altres, els següents:

D'una banda, la suspensió causaria un perjudici a l'interès públic ja que ens troben davant un instrument bàsic per a que els professionals de la medicina de Família i de la

Infermeria dels servei públic sanitari assistencial puguin dur a terme la seva activitat diària, assegurant amb això la qualitat assistencial i, al mateix temps, permetre incrementar l'eficiència de les consultes, facilitant el diagnòstic i evitant derivacions innecessàries, cosa que augmenta l'eficàcia al prevenir la massificació de l'assistència hospitalària.

D'altra banda, tal com ha informat la Direcció de la Gerència d'Atenció Primària de Mallorca, el material ja ha estat subministrat per l'empresa adjudicatària (Galmédica, SL), s'ha procedit a la tramitació de la corresponent factura per part de la Unitat de Gestió Econòmica d'Atenció Primària de Mallorca i s'està distribuint als centres de salut i a les unitats bàsiques de salut dependents d'Atenció Primària de Mallorca.

Així mateix, la suspensió també perjudicaria a l'empresa adjudicatària, que és la que oferí allò que es sol·licitava.

Per tot això, atès que no concorren cap de les circumstàncies previstes en l'article 117.2 de la Llei 3/2003, per exceptuar la regla general, s'ha de concloure que la Resolució del director gerent d'Atenció Primària de Mallorca per la qual s'adjudica el contracte de subministrament d'otoscòpis i oftalmoscòpis amb destinació als centres de Salut dependents de la Gerència d'Atenció Primària de Mallorca, és un acte administratiu immediatament executiu.

Resolc

1. Desestimar la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució del director gerent d'Atenció Primària de Mallorca per la qual s'adjudica el contracte de subministrament d'otoscòpis i oftalmoscòpis amb destinació als centres de Salut dependents de la Gerència d'Atenció Primària de Mallorca, atès que no s'acredita que se'n derivi cap perjudici per al recurrent.
2. Notificar aquesta Resolució a les persones interessades i al Servei de Salut de les Illes Balears.

Interposició de recursos

Contra aquesta Resolució —que exhaureix la via administrativa— es pot interposar un recurs contenciós administratiu davant la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de les Illes Balears en el termini de dos mesos comptadors des de l'endemà d'haver-ne rebut la notificació, d'acord amb els articles 10.1 *a* i 46 de la Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa.