



Exp. Junta Consultiva: RES 13/2020
Resolució de la sol·licitud de suspensió
Exp. d'origen: contracte de subministrament de desfibril·ladors i electrocardiògrafs per a l'Àrea de Salut de Eivissa i Formentera ECASU 2020/25506
Òrgan de contractació: Servei de Salut de les Illes Balears
Recurrent: Schiller España, SAU

Resolució de la secretària de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 26 de novembre de 2020

Atesa la sol·licitud de suspensió de l'execució de la Resolució de l'òrgan de contractació per la qual s'aproven, entre d'altres, els plecs del contracte de subministrament de desfibril·ladors i electrocardiògrafs per a l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera, que l'empresa Schiller España, SAU, 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 25 de setembre de 2020, l'òrgan de contractació va dictar la Resolució per la qual s'aproven l'expedient, la despesa i els plecs del procediment de licitació —obert simplificat— del contracte de subministrament de desfibril·ladors i electrocardiògrafs per a l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera.

Els plecs així aprovats es van publicar en la plataforma de contractació del sector públic el 29 de setembre i 30 de setembre es va publicar la Resolució.

2. El dia 15 d'octubre de 2020, una vegada conclòs el termini per presentar ofertes, l'empresa Schiller España SAU no es va presentar a la licitació, tal com es desprèn de l'acta de la mesa de contractació publicada en la Plataforma de contractació el dia 27 d'octubre de 2020.
3. El 29 d'octubre de 2020, la representant de l'empresa Schiller España, SAU, (en endavant, la recurrent) va presentar al registre de la Conselleria

d'Hisenda i Relacions Exteriors, adreçat a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, un recurs especial en matèria de contractació contra aquesta Resolució. Aquest recurs es va rebre a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa el 30 d'octubre.

La recurrent fonamenta el recurs en els arguments següents:

— Els plecs exigeixen, com a requisit tècnic mínim dels equips, el “certificat de qualitat actualitzat FDA” —que no s'exigeix ni en la normativa sanitària nacional ni en la europea.

També exigeixen el compliment de la “normativa sanitària nacional i europea en relació amb el marcat CE i normatives UNE de qualitat que els sigui d'aplicació”. Ambdós requisits son incompatibles.

— Això vulnera els principis de concurrència, igualtat i no discriminació.

Amb aquests arguments, la recurrent sol·licita que es declari nul·la la prescripció tècnica consistent en exigir el certificat FDA als equips objecte del contracte, i la conseqüent retroacció de les actuacions.

Així mateix, també sol·licita, com a mesura provisional, la suspensió de l'execució dels possibles acords adoptats per l'òrgan de contractació en relació amb l'adjudicació del contracte, d'acord amb el punt 3 de 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, i amb l'apartat 2 de l'article 117 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (en endavant, LPACAP), que fonamenta en els arguments següents:

— La impugnació dels plecs es fonamenta en una de les causes de nul·litat previstes en l'article 47.1 de la LPACAP, concretament, haver prescindit absolutament del procediment establert.

— L'execució podria causar perjudicis d'impossible o difícil reparació, tant a la recurrent com a l'interès general, com a moltes altres empreses que pretenguin licitar, atès que els plecs són la norma que regula el procediment. L'exigència del certificat impossibilita l'accés a la licitació i es contrària als principis de lliure competència, concurrència i igualtat.

4. El 9 de novembre de 2020 es va dictar la Resolució d'adjudicació del contracte i el contracte es troba formalitzat.

Fonaments de dret

1. L'acte objecte de recurs es la resolució per la qual s'aproven, entre d'altres, els plecs d'un contracte de subministrament, tramitat pel Servei de Salut de les Illes Balears, que té caràcter d'administració pública.

Contra aquests actes 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 49 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.

Pel que fa a un possible perjudici econòmic, cal assenyalar que els actes de contingut econòmic no causen perjudicis que siguin difícils o impossibles de reparar. Així ho ha manifestat el Tribunal Suprem, entre d'altres, en la Sentència de 16 de maig de 2000, en la qual manifesta que:

Como ya tiene reiterado esta Sala, el contenido económico del acto administrativo, cuando éste no ostenta un carácter desorbitado, no puede reputarse perjuicio de difícil o imposible reparación, base necesaria e imprescindible para acordar la suspensión, porque la Administración es por su propia naturaleza y normal funcionamiento una entidad responsable y solvente en grado máximo, y por tanto, ante la posible

existencia de perjuicios derivados de la ejecución inmediata del acto administrativo que posteriormente fuere anulado en vía jurisdiccional, no puede ofrecer ni ofrece dificultades la adecuada y fácil reparación de los mismos.

El Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears s'ha manifestat en el mateix sentit en les sentències de 10 de gener i de 5 de juny de 2012, entre d'altres. A més, el Tribunal Suprem, en la Sentència de 31 d'octubre de 1995, va manifestar el següent:

Ciertamente, constituye doctrina reiteradamente mantenida por esta Sala, que si bien el contenido económico del acto administrativo, no debe reputarse perjuicio de difícil reparación -base necesaria para acordar la suspensión- dada la solvencia y responsabilidad de la Administración, para la reparación del daño, si así fuese procedente, ello, desde luego, ha de referirse a contenidos económicos racionalmente moderados en relación con las circunstancias de cada caso, más si [mas sí] debe reputarse procedente la suspensión del acto impugnado si tales daños y perjuicios resultantes de la ejecución del acto impugnado son de muy considerable entidad, de modo que dificulte su posible resarcimiento y suponga un sacrificio económico de relevante y significativa magnitud para el obligado a su ejecución, en directa relación con el grado demandado por el interés público para su ejecución.

— 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.

S'exigeix que, al manco en alguna de les al·legacions del recurrent, concorri el "*fumus bonus iuris*" o "*apariencia de buen derecho*", en els termes de l'article 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exigeix que:

"El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios de prueba, que deberá proponer en forma en el mismo escrito"

3. Dit això, en aquest cas concret, la recurrent fonamenta la impugnació dels plecs, en primer lloc, en la concurrència d'una causa de nul·litat prevista en l'article 47.1 de la LPACAP, concretament, al·lega que s'ha prescindit absolutament del procediment establert; i en segon lloc, al·lega que l'execució del procediment, viciat en els plecs que l'han de regir, pot causar-li perjudici de difícil o impossible reparació, tant a la seva empresa, com a l'interés general, com a altres moltes empreses que pretenguin licitar.

Ambdues al·legacions es poden rebutjar des del moment en què el recurrent no acredita ni justifica cap de les dues afirmacions. En relació a la presumpte nul·litat, cal dir que, una vegada comprovada la tramitació de l'aprovació dels plecs, no s'ha observat cap vici de nul·litat evident i manifest, i no resulta suficient la simple invocació de l'existència de vici. D'altra banda, en relació amb els presumptes perjudicis, s'ha de tenir en compte que en la data de finalització del termini de presentació de proposicions, l'empresa Schiller no va presentar oferta, i per tant, no va participar en la licitació, per la qual cosa, en aquest sentit, no es pot acceptar que els plecs d'una contractació en la qual no va participar com a licitadora li puguin haver causat tals perjudicis de difícil o impossible reparació. En la sol·licitud de suspensió presentada no s'acredita cap perjudici propi concret, sinó que la recurrent es limita a invocar hipotètics perjudicis futurs per a la seva empresa, o, fins i tot, per a d'altres possibles empreses licitadores.

Així mateix, cal dir que l'òrgan de contractació, en l'informe jurídic de 25 de novembre, relatiu al recurs RES 13-2020 i a la corresponent sol·licitud de suspensió, ha manifestat, entre d'altres, el següent:

El fet d'existir una alerta sanitària, que ha donat lloc a la licitació del contracte que te causa el present informe, denota la seva rellevància per a la salut dels pacients.

S'ha de contextualitzar el risc sanitari en el moment pandèmic en el que ens trobem, just quan fa exactament un mes que s'ha dictat un nou estat d'alarma (Real Decret 926/2020, de 25 d'octubre), degut a l'expansió de la Covid-19. En aquesta situació, l'ús de desfibril·ladors es pot veure amplificada substancialment, sent d'especial interès públic poder-ne disposar quan la urgència ho requereixi.

Aturar tota la licitació i adjudicació dels desfibril·ladors posa en greu risc a la població en un moment especialment delicat. Hi ha que recordar, que l'informe de necessitat dictat el 23 de setembre del present any, es referia al desfibril·ladors amb la següent importància: "En cuanto a los desfibriladores, en la asistencia sanitaria de emergencia, ante la existencia de un peligro vital inesperado o ante el riesgo de secuelas graves e irreversibles para el paciente, es necesario arbitrar mecanismos que puedan permitir una actuación inmediata ante estos casos de emergencia que asegure unos altos niveles de eficacia y que reduzcan a la mínima expresión los riesgos y secuelas. Uno de los casos de emergencia sanitaria sería la parada cardiorrespiratoria debida a la fibrilación ventricular, situación en la que se produce el cese de forma brusca e inesperada de la circulación sanguínea y de la respiración de forma que si esta situación se prolonga más allá de 6 a 8 minutos se produce una afectación irreversible del cerebro. Por ello, una asistencia sanitaria inmediata en estos casos es vital para recuperar la vida del paciente o minimizar las secuelas que pudieran derivarse de dicha parada. La actuación fundamental ante una parada cardiorrespiratoria en las personas adultas es la reanimación cardiopulmonar y la cadena de supervivencia, la desfibrilación eléctrica".

No hi ha dubte que paraitzar la licitació ara suposaria un perill imminent per a la població en aquests especials moments pandèmics.

Per tot això, s'ha de concloure que, atès que no s'aprecia cap causa de nul·litat evident o manifesta, sinó que la seva eventual apreciació requereix una anàlisi de fons de l'assumpte, i atès que no s'acredita cap perjudici per al recurrent, no hi ha cap causa que fonamenti la suspensió de l'execució de la Resolució de l'òrgan de contractació per la qual s'aproven, entre d'altres, els plecs del contracte de subministrament de desfibril·ladors i electrocardiògrafs per a l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera, que es, per tant, un acte administratiu immediatament executiu.

Resolc

1. Desestimar la sol·licitud de suspensió de la Resolució de l'òrgan de contractació, de 25 de setembre de 2020, per la qual s'aproven, entre d'altres, els plecs del contracte de subministrament de desfibril·ladors i electrocardiògrafs per a l'Àrea de Salut d'Eivissa i Formentera, atès que no s'acredita que se'n derivi cap perjudici per al recurrent i que les causes de nul·litat al·legades no són manifestes, ostensibles i evidents.
2. Notificar aquesta Resolució a l'empresa Schiller España, SAU, 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.