



Exp. Junta Consultiva: RES 13/2020

Resolución de la solicitud de suspensión

Exp. de origen: contrato de suministro de desfibriladores y electrocardiógrafos para el Área de Salud de Eivissa y Formentera ECASU 2020/25506

Órgano de contratación: Servicio de Salud de las Illes Balears

Recurrente: Schiller España, SAU

Resolución de la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 26 de noviembre de 2020

Dada la solicitud de suspensión de la ejecución de la Resolución del órgano de contratación por la que se aprueban, entre otros, los pliegos del contrato de suministro de desfibriladores y electrocardiógrafos para el Área de Salud de Eivissa y Formentera, que la empresa Schiller España, SAU, ha planteado en el recurso especial en materia de contratación interpuesto, la secretaria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resuelve lo siguiente:

Hechos

1. El 25 de setiembre de 2020, el órgano de contratación dictó la Resolución por la que se aprueban el expediente, el gasto y los pliegos del procedimiento de licitación —abierto simplificado— del contrato de suministro de desfibriladores y electrocardiógrafos para el Área de Salud de Eivissa y Formentera.

Los pliegos así aprobados se publicaron en la Plataforma de Contratación del sector público el 29 de setiembre y 30 de setiembre se publicó la Resolución.

2. El 15 de octubre de 2020, una vez concluido el plazo para presentar ofertas, la empresa Schiller España SAU no se presentó a la licitación, tal como se desprende del acta de la mesa de contratación publicada en la Plataforma de Contratación el 27 de octubre de 2020.
3. El 29 de octubre de 2020, la representante de la empresa Schiller España, SAU, (en adelante, la recurrente) presentó en el registro de la Consejería de

Hacienda y Relaciones Exteriores, dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, un recurso especial en materia de contratación contra esta Resolución. Este recurso se recibió en la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el 30 de octubre.

La recurrente fundamenta el recurso en los siguientes argumentos:

— Los pliegos exigen, como requisito técnico mínimo de los equipos, el “certificado de calidad actualizado FDA” —que no se exige ni en la normativa sanitaria nacional ni en la europea.

También exige el cumplimiento de la “normativa sanitaria nacional y europea en relación con el mercado CE y normativas UNE de calidad que les sea de aplicación”. Ambos requisitos son incompatibles.

— Ello vulnera los principios de concurrencia, igualdad y no discriminación.

Con estos argumentos, la recurrente solicita que se declare nula la prescripción técnica consistente en exigir el certificado FDA a los equipos objeto del contrato, y la consiguiente retroacción de las actuaciones.

Así mismo, solicita también, como medida provisional, la suspensión de la ejecución de los posibles acuerdos adoptados por el órgano de contratación en relación con la adjudicación del contrato, de acuerdo con el punto 3 del 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, y con el apartado 2 del artículo 117 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), que fundamenta en los siguientes argumentos:

— La impugnación de los pliegos se fundamenta en una de las causas de nulidad previstas en el artículo 47.1 de la LPACAP, concretamente, haber prescindido absolutamente del procedimiento establecido.

— La ejecución podría causar perjuicios de imposible o difícil reparación, tanto a la recurrente como al interés general, como a muchas otras empresas que pretendan licitar, dado que los pliegos son la norma que regula el procedimiento. La exigencia del certificado imposibilita el acceso a la licitación y es contraria a los principios de libre competencia, concurrencia e igualdad.

4. El 9 de noviembre de 2020 se dictó la Resolución de adjudicación del contrato y el contrato se encuentra formalizado.

Fundamentos de derecho

1. El acto objeto de recurso es la resolución por la que se aprueban, entre otros, los pliegos de 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 a 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, en su 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 setiembre 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 lo 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 49 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 los que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el órgano a quien competa resolver el recurso, previa ponderación, 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 recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1 de esta Ley.

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

— En relación con los perjuicios de difícil o imposible reparación: el TS mantiene que tal consideración debe tomarse en base a la justificación que ofrezca el recurrente en el momento de solicitar la suspensión. Por tanto, el deber de acreditar la concurrencia de perjuicios de difícil o imposible reparación corresponde al recurrente, y la mera alegación, sin prueba alguna, no permite considerar probado que la ejecución del acto impugnado le cause perjuicios ni que estos sean difíciles o imposibles de reparar (entre otras, se pueden mencionar 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 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 cuanto a un posible perjuicio económico, hay que señalar que los actos de contenido económico no causan perjuicios que sean difíciles o imposibles de reparar. Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 16 de mayo de 2000, en la que manifiesta 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 las Illes Balears se ha manifestado en el mismo sentido en las sentencias de 10 de enero y de 5 de junio de 2012, entre otras. Además, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 31 de octubre de 1995, manifestó lo siguiente:

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 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 tal 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 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.

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 siguiente sentido:

La doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tomada 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 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 recurrida. 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.

Se exige que, al menos en alguna de las alegaciones del recurrente, concurra el "*fumus bonus iuris*" o "*apariencia de buen derecho*", en los términos del artículo 728.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que exige 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. Dicho esto, en este caso concreto, la recurrente fundamenta la impugnación de los pliegos, en primer lugar, en la concurrencia de una causa de nulidad prevista en el artículo 47.1 de la LPACAP, concretamente, alega que se ha prescindido absolutamente del procedimiento establecido; y en

segundo lugar, alega que la ejecución del procedimiento, viciado en los pliegos que han de regirlo, puede causarle un perjuicio de difícil o imposible reparación, tanto en su empresa, como al interés general, como a otras muchas empresas que pretendan licitar.

Ambas alegaciones pueden rechazarse desde el momento en que el recurrente no acredita ni justifica ninguna de las dos afirmaciones. En relación a la presunta nulidad, hay que decir que, una vez comprobada la tramitación de la aprobación de los pliegos, no se ha observado vicio alguno de nulidad evidente y manifiesto, y no resulta suficiente la simple invocación de la existencia de vicio. Por otra parte, en relación con los presuntos perjuicios, debe tenerse en cuenta que a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, la empresa Schiller no presentó oferta, y por tanto, no participó en la licitación, por lo que, en este sentido, no puede aceptarse que los pliegos de una contratación en la que no participó como licitadora puedan haberle causado tales perjuicios de difícil o imposible reparación. En la solicitud de suspensión presentada no se acredita perjuicio propio concreto alguno, sino que la recurrente se limita a invocar hipotéticos perjuicios futuros para su empresa, o, incluso, para otros posibles empresas licitadoras.

Asimismo, hay que decir que el órgano de contratación, en el informe jurídico de 25 de noviembre, relativo al recurso RES 13-2.020 y en la correspondiente solicitud de suspensión, manifestó, entre otros, lo siguiente:

El hecho de existir una alerta sanitaria, que ha dado lugar a la licitación del contrato que tiene causa el presente informe, denota su relevancia para la salud de los pacientes.

Hay que contextualizar el riesgo sanitario en el momento pandémico en el que nos encontramos, justo cuando hace exactamente un mes que se ha dictado un nuevo estado de alarma (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre), debido a la expansión de la Covid-19. En esta situación, el uso de desfibriladores puede verse amplificada sustancialmente, siendo de especial interés público poder disponer de ellos cuando la urgencia lo requiera.

Detener toda la licitación y adjudicación de los desfibriladores pone en grave riesgo a la población en un momento especialmente delicado. Hay que recordar, que el informe de necesidad dictado el 23 de septiembre del presente año, se refería al desfibriladores con la siguiente importancia: "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 cabe duda de que paralizar la licitación ahora supondría un peligro inminente para la población en estos especiales momentos pandémicos.

Por todo ello, debe concluirse que, dado que no se aprecia causa alguna de nulidad evidente o manifiesta, sino que su eventual apreciación requiere un análisis de fondo del asunto, y dado que no se acredita perjuicio alguno para el recurrente, no hay causa alguna que fundamente la suspensión de la ejecución de la Resolución del órgano de contratación por la que se aprueban, entre otros, los pliegos del contrato de suministro de desfibriladores y electrocardiógrafos para el Área de Salud de Eivissa y Formentera, que es, por tanto, un acto administrativo inmediatamente ejecutivo.

Resuelvo

1. Desestimar la solicitud de suspensión de la Resolución del órgano de contratación, de 25 de septiembre de 2020, por la que se aprueban, entre otros, los pliegos del contrato de suministro de desfibriladores y electrocardiógrafos para el Área de Salud de Ibiza y Formentera, dado que no se acredita que se derive ningún perjuicio para el recurrente y que las causas de nulidad alegadas no son manifiestas, ostensibles y evidentes.
2. Notificar esta Resolución a la empresa Schiller España, SAU, y al Servei de Salut de les 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-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.