

RECURSO Nº.- 42/2021
RESOLUCIÓN Nº.- 42/2020

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL DE RECURSOS CONTRACTUALES DEL AYUNTAMIENTO DE SEVILLA

En Sevilla, a 22 de noviembre de 2021.

Recibido recurso especial en materia de Contratación, planteado en nombre y representación de las mercantiles **AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A.**, **FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS S.A.U.** y **OPENTRENDS SOLUCIONES I SISTEMES, S.L.**, todas ellas referidas conjuntamente como **UTE AYESA-FCC-OPENTRENDS**, contra la exclusión de su oferta en el procedimiento incoado para la adjudicación del contrato de **“Implantación, gestión y mantenimiento de un sistema automático para el control de acceso de vehículos a recintos con condiciones de tránsito especiales dentro de la ciudad de Sevilla”**, Expediente 2020/000729, tramitado por el Servicio Administrativo de Tráfico y Transportes del Ayuntamiento de Sevilla, en el que se plantea la solicitud de suspensión del procedimiento, conforme a lo previsto en el artículo 56.3 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, este Tribunal, adopta la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 4 de noviembre de .2021 se publica en la Plataforma de Contratación del Sector Público el Acta de la Mesa de Contratación del Ayuntamiento de Sevilla de 2 de noviembre de 2021, en la que se resuelve la exclusión de la oferta presentada por la UTE AYESA-FCC-OPENTRENDS en el procedimiento descrito en el encabezamiento de la presente Resolución, así como el Informe Técnico que le sirve de fundamento, informe relativo a la documentación contenida en el Sobre nº 2, sobre valoración de los criterios sujetos a juicios de valor.

Conforme al Acta referida:

“Por la Presidencia se declara abierto el acto prosiguiéndose seguidamente al estudio y comprobación del informe emitido por el Servicio de Proyectos y Obras de fecha 29 de octubre de 2021 sobre las ofertas técnicas presentadas.

Seguidamente, y a la vista del indicado informe, que se adjunta a la presente acta, la Mesa de Contratación, resuelve lo siguiente:

1.-Excluir de la licitación a las empresas que a continuación se relacionan por incumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas de acuerdo a lo dispuesto en el informe emitido por el Servicio de Proyectos y Obras de fecha 29 de octubre de 2021.

(...)

- UTE AYESA ADVANCED TECHNOLOGIES, S.A- OPENTRENDS SOLUCIONES I SISTEMES, S.L- FCC INDUSTRIAL E INFRAESTRUCTURAS ENERGÉTICAS, S.A.U."

El informe técnico de 29 de octubre, que sirve de fundamento a la exclusión, señala los siguientes motivos:

A. El licitador, en el apartado de su oferta .1.7 Recursos Hardware y software. indica que la implantación del todo el sistema de software del proyecto se realizará en un alojamiento externo al Ayuntamiento de Sevilla, lo que contradice explícitamente lo establecido en el punto .4.1 Plataforma tecnológica" del PPT, donde dice literalmente: "El software suministrado por el adjudicatario deberá funcionar sobre la infraestructura hardware y software de que dispone el Ayuntamiento de Sevilla."

B. El licitador indica que la cámara OCR propuesta en el apartado B.4 de su oferta, está certificada con un grado de protección IP67, aportando un certificado de otro modelo de cámara distinto. Analizadas las especificaciones técnicas de la cámara ofertada se observa que según el fabricante este dispositivo está certificado con un grado de protección IP66, siendo inferior al mínimo exigido en el punto 4.7 del PPT, que es de IP67."

SEGUNDO.- Conocida la exclusión, se interpone recurso especial en materia de contratación contra la misma, con fecha 18 de noviembre del año en curso, por considerar dicha exclusión como acto de trámite cualificado, a los efectos de lo dispuesto en el art. 44.2.b de la LCSP, solicitando al Tribunal la declaración de nulidad de la resolución de exclusión.

Mediante OTROSÍ, se pide, así mismo, "que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 de la LCSP, la impugnación .una vez interpuesto el recurso quedará en suspenso la tramitación del procedimiento cuando el acto recurrido sea el de adjudicación., por lo que al derecho de esta representación interesa solicitar que se acuerde de manera expresa la automática **suspensión del procedimiento**, y, por tanto no se continúe el procedimiento de adjudicación hasta que se resuelva el presente recurso, por cuanto en el supuesto que nos ocupa concurren la totalidad de requisitos previstos ex lege a tal fin. No existen en este caso circunstancias que puedan determinar cualquier situación de urgencia o razones de interés público que determinen la necesidad imperiosa del eventual levantamiento de la suspensión automática determinada por el precepto reseñado."

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Pese al tenor literal del OTROSÍ transcrito, no es, sin embargo, el acto de adjudicación el objeto del recurso, por lo que no procede la suspensión automática a la que el recurrente hace referencia, si bien, solicitada ésta en el escrito de interposición, procede, conforme al art. 56.3, pronunciarse sobre la misma.

SEGUNDO.- El artículo 49 de la LCSP dispone que las medidas cautelares irán dirigidas a corregir infracciones de procedimiento o impedir que se causen otros perjuicios a los interesados afectados y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación.

La normativa contractual, más allá de delimitar la finalidad de las medidas cautelares, no hace referencia a los requisitos legales que han de tenerse en cuenta a efectos de adoptar la medida de suspensión de la ejecución del acto, de forma que habrá que recurrir a los parámetros que a tal efecto vienen indicados en el artículo 117 de la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común:

"1. La interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en 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 compete 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."

La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se remite al Derecho nacional a efectos de la regulación de esta clase de medidas -asunto C-424/01 ATJ de 9 de abril de 2003-, en el que el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la ponderación que debe llevarse a cabo para justificar la adopción de la medida, indicando que la Directiva 89/665/CEE no prohíbe la previa ponderación de las posibilidades de que, con posterioridad, pudiera prosperar una pretensión de anulación de la decisión de la entidad adjudicadora con base en su ilegalidad.

El Tribunal Supremo en numerosas sentencias, - entre otras, las Sentencias de 25 de febrero de 2011 y de 26 de septiembre de 2011 -, fija los principios asentados con relación al proceso cautelar y que cabe entenderlos de aplicación en el marco de este procedimiento. Así, el Tribunal Supremo señala que toda decisión sobre las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional, que puede resumirse en los siguientes puntos:

1.- Necesidad de justificación o prueba, aún incompleta, de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida. La

mera alegación sin prueba no permite estimar como probado que la ejecución del acto impugnado pueda ocasionar perjuicios de imposible o difícil reparación.

2.- El *periculum in mora*: es decir, la medida ha de ir encaminada a asegurar que la futura resolución del procedimiento principal pueda llevarse a la práctica de modo útil.

3.- Ponderación de los intereses concurrentes: se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar o no la suspensión según el grado en que dicho interés esté en juego. En definitiva, cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto.

4.- La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*): la Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene limitando la aplicación de este principio a aquellos supuestos en que el acto impugnado evidencia un error de tal naturaleza y magnitud que en sí mismo es causa suficiente para provocar la suspensión de la ejecución del acto, sin necesidad de aventurarse en enjuiciamientos más profundos, propios ya de un análisis de fondo.

TERCERO. – Resta analizar si se dan los requisitos legales y jurisprudenciales para adoptar la medida cautelar de suspensión del procedimiento. Pues bien, uno de los fines de la adopción de una medida cautelar, en el marco del procedimiento principal del recurso especial, va esencialmente dirigido a asegurar la eficacia de la resolución de este último, previéndose además breves plazos legales para la tramitación del recurso, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento judicial cuya tramitación es más compleja y su duración más prolongada. Es por ello que las medidas cautelares en el seno del recurso especial no han de serlo por un lapso de tiempo dilatado, lo que ya supone de partida un menor riesgo o perjuicio para el interés público que demanda la adjudicación y formalización del contrato de que se trate.

Estos elementos permiten justificar la medida cautelar de suspensión del procedimiento en cuestión, teniendo en cuenta el acto recurrido, cual es la exclusión por incumplimiento de requisitos exigidos en los Pliegos, exclusión que tiene lugar a raíz del exámen del sobre nº 2, relativo a criterios dependientes de un juicio de valor, lo que implica que, sin valoración de la oferta técnica del recurrente, se ha continuado el procedimiento, aperturándose el Sobre nº 3 (Criterios automáticos) del resto de licitadores no excluidos, y llegándose a efectuar la propuesta de adjudicación por parte de la Mesa de Contratación.

Ello implica que ya se conocen las ofertas presentadas por las demás empresas concurrentes, y, de estimarse el recurso y anularse la exclusión, habría que valorar el Sobre nº 2 de la UTE excluida en un momento en que ya se conoce el contenido del Sobre 3 del resto. Con ello se produciría el efecto de interferir la concurrencia, vulnerándose los esenciales principios de igualdad, objetividad, imparcialidad y secreto de las ofertas, a cuya satisfacción se encamina la obligación de apertura y valoración de los criterios susceptibles de juicio de valor con carácter previo a la apertura y conocimiento de la información relativa a los criterios de valoración automática, con las graves consecuencias que ello llevaría aparejadas.

De otro lado, no puede obviarse que, según tiene manifestado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 de la Constitución se satisface facilitando que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometida a la decisión de un Tribunal y que éste, resuelva sobre la suspensión. En este sentido, la Sentencia 78/1996, de 20 de mayo, señala que *“La ejecución inmediata de un acto administrativo es, pues, relevante desde la perspectiva del art. 24.1 de la CE ya que si tiene lugar imposibilitando el acceso a la tutela judicial puede suponer la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende o incluso prejuzgar irreparablemente la decisión final del proceso causando una real indefensión.”*

Por todo lo expuesto, con la finalidad de asegurar el efecto útil del recurso y teniendo en cuenta el acto impugnado y las circunstancias concurrentes, consideramos procede acoger la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación instada por las recurrentes.

RESOLUCIÓN

ÚNICO. – Suspender la tramitación del procedimiento sustanciado por el Servicio Administrativo de Tráfico y Transportes del Ayuntamiento de Sevilla, con número de Expediente 2020/000729, para la adjudicación del contrato de **“Implantación, gestión y mantenimiento de un sistema automático para el control de acceso de vehículos a recintos con condiciones de tránsito especiales dentro de la ciudad de Sevilla”**.

LA TITULAR DEL TRIBUNAL DE
RECURSOS CONTRACTUALES