



Erref / Ref: Recurso Especial GUREAK
MARKETING contra pliegos Servicio de
empaquetado, depósito, custodia, consulta y
destrucción documentación Dirección de
Hacienda

Esp Zenb / N° exp: 2016/11- RE

RESOLUCIÓN N° 11/2016

En Vitoria-Gasteiz, a 30 de septiembre de 2016

El Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales de la Diputación Foral de Álava, ha dictado la siguiente RESOLUCIÓN de medidas provisionales en relación con el Recurso Especial en materia de contratación interpuesto por GUREAK MARKETING, S.L.U. contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-Cuadro de Características- que rigen el contrato de los Servicios relativos al empaquetado, depósito, custodia, consulta y destrucción de la documentación de los archivos de la Dirección de Hacienda.

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE GUREAK MARKETING S.L.U (en adelante GUREAK); y como DEMANDADA la DIPUTACIÓN FORAL DE ÁLAVA (DFA), siendo el órgano de contratación el Consejo de Diputados, y el tramitador de los expedientes de contratación el Servicio de Secretaría Técnica de Hacienda, Finanzas y Presupuestos (Expte. 23/16-ST).

Vista la medida provisional formulada por el recurrente en su recurso solicitando la suspensión de la tramitación del expediente de contratación hasta que recaiga resolución del recurso especial interpuesto, este Órgano efectúa las siguientes consideraciones:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante Acuerdo 487/2016 de 27 de JULIO, se aprobó la convocatoria del procedimiento abierto para la contratación del servicio de empaquetado, depósito, custodia y destrucción de documentos de la Dirección de Hacienda para el período comprendido entre el 1 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2018, así como el expediente de contratación, Cuadro de Características y Pliego de Prescripciones Técnicas.

El anuncio de licitación se publicó en el Perfil de contratante el 29 de julio de 2016, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 2 de agosto de 2016 y en el BOTA con fecha 8 de agosto de 2016. El intento de publicación en el BOE resultó fallido, habiendo sido publicado finalmente el 10 de septiembre de 2016 y publicando un nuevo anuncio en el DOUE el 16 de septiembre de 2016 por el que se modificaban las fechas de recepción de ofertas.



SEGUNDO.- El plazo de presentación de ofertas finalizó el 26 de septiembre de 2016, habiéndose presentado únicamente un licitador, Custard, S.L, sin que la recurrente haya remitido oferta

TERCERO.- El 22 de septiembre de 2016 tuvo entrada en el registro del Órgano Administrativo Foral de Recursos Contractuales escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por GUREAK contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares-Cuadro de Características- que rigen el contrato de los Servicios relativos al empaquetado, depósito, custodia, consulta y destrucción de la documentación de los archivos de la Dirección de Hacienda, en el que solicita la adopción de la medida provisional consistente en la suspensión de la tramitación del expediente de contratación argumentado en que los PCAP que rigen la licitación adolecen de una causa de nulidad que impide que todos los licitadores puedan participar en igualdad de condiciones.

CUARTO.- En cumplimiento de lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLSCP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, con fecha 27 de septiembre, se dio traslado del recurso al órgano de contratación solicitando el expediente y el informe correspondiente, en el que no se pronuncia sobre la adopción de las medidas provisionales solicitadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Tratándose de un contrato de servicios cuyo valor estimado (precio del contrato más posibles prórrogas previstas) asciende a 423.140,50 euros (IVA excluido), se cumplen los requisitos exigidos en el artículo 40 de la citada ley para poder considerar el acto impugnado susceptible de recurso especial en materia de contratación.

En concreto, según el artículo 40.1 del TRLCSP serán susceptibles del recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de dicho precepto cuando se refieran -entre otros- a los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada (aquéllos cuyo valor estimado sea igual o superior a 207.000 euros). Y son actos recurribles, entre otros, los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación (art. 40.2. a).

GUREAK solicita la medida provisional en el escrito de interposición del recurso especial, por lo que ha de estarse, respecto a su tramitación y adopción, a lo dispuesto en el artículo 46.3 del TRLCSP, según el cual *“Dentro de los cinco días hábiles siguientes a la interposición del recurso, dará traslado del mismo a los restantes interesados, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, y, de forma simultánea a este trámite, decidirá, en el plazo de cinco días hábiles, acerca de las medidas cautelares si se hubiese solicitado la adopción de alguna en el escrito de interposición del recurso o se hubiera procedido a la acumulación prevista en el párrafo tercero del artículo 43.2. A la adopción de estas medidas será de aplicación, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 43 en cuanto a la audiencia del órgano de contratación. Serán igualmente aplicables los apartados 3 y 4 del citado artículo.(...)”*.

Y según el artículo 47 del TRLCSP, *“4. La resolución deberá acordar, también, el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si en el momento de dictarla continuase suspendido, así como de las restantes medidas cautelares que se hubieran acordado y la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas, si procediera.*



5. En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma.”

SEGUNDO.- Bajo la regulación legal actual, la solicitud de medidas provisionales puede realizarse por el recurrente antes (Art. 43.1 del TRLCSP), en el mismo momento (Art. 44.2 del TRLCP), o con posterioridad a la interposición del recurso-, siempre en un momento anterior a su resolución- (Art.46.3 segundo párrafo del TRLCSP).

En cualquier caso, tal como señala el artículo 43.1 del TRLCSP, “*las medidas provisionales irán dirigidas a corregir infracciones del procedimiento o a impedir que se causen otros perjuicios a los intereses afectados, y podrán estar incluidas, entre ellas, las destinadas a suspender o a hacer que se suspenda el procedimiento de adjudicación del contrato en cuestión o la ejecución de cualquier decisión adoptada por los órganos de contratación*”.

TERCERO.- El artículo 45 del TRLCSP contempla la suspensión automática de la tramitación del expediente de contratación en el caso de que el acto recurrido sea la adjudicación, entendiéndose vigente en tanto no se dicte resolución expresa acordando el levantamiento, tal como se prevé en el artículo 46.3 del TRLCSP, si bien no se contempla esta suspensión para otros actos recurridos, por lo que se deduce que para que opere la suspensión en estos casos se debe solicitar expresamente por el recurrente, como en el caso que nos ocupa.

En la legislación de contratos públicos no se definen los parámetros sobre los que adoptar o denegar las medidas provisionales. En este sentido, cabe entender que los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo con relación al proceso cautelar en el ámbito judicial son de aplicación en el marco del procedimiento del recurso especial, y así lo entiende, entre otros, el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en su Resolución 74/2013.

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:

- 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.
- El *periculum in mora*: la medida ha de ir encaminada a asegurar que la futura resolución del procedimiento principal pueda llevarse a la práctica de modo útil.
- 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.
- La apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Tal doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la resolución definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.

CUARTO.- El recurrente solicita la suspensión alegando que los PCAP adolecen de una causa de nulidad por incorporar un criterio de adjudicación discriminatorio y que es objeto de impugnación en el recurso interpuesto.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que el proceso cautelar debe asegurar la eficacia de la resolución del recurso y que, sin perjuicio del posterior análisis del recurso que se realice, la continuidad del procedimiento podría causar perjuicios a los intereses afectados si se llegara a adjudicarse el contrato, por lo que una eventual estimación del recurso obligaría a retrotraer las actuaciones y a dejar sin efecto actos declarativos de derechos.



Por ello, en el supuesto analizado, la suspensión de la licitación parece la mejor forma de garantizar eficacia de la resolución del recurso.

QUINTO.- Sin prejuzgar la cuestión de fondo planteada en el recurso, al objeto de propiciar y favorecer el efecto útil del recurso planteado con plenitud de efectos, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

RESOLUCIÓN

Aprobar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación aprobado por el Consejo de Diputados de los Servicios relativos al empaquetado, depósito, custodia, consulta y destrucción de la documentación de los archivos de la Dirección de Hacienda hasta que recaiga resolución en el recurso especial promovido por GUREAK MARKETING, S.L.U..

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno, sin perjuicio del que proceda contra la resolución que se dicte en el procedimiento principal del recurso.