



**Erref / Ref:** Recurso Especial interpuesto por “ELEKTRA, S.A.” contra la exclusión del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de suministro de material eléctrico (expte. 331/2021)

**Esp Zenb / N° exp:** 2021/04- RE

### **RESOLUCION N° 7/2021**

En Vitoria-Gasteiz, a 3 de noviembre de 2021.

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 ELEKTRA, S.A., contra la exclusión del procedimiento abierto para la adjudicación del contrato de suministro de material eléctrico (expte. 331/2021).

Son partes en dicho recurso: como RECURRENTE la empresa ELEKTRA, S.A.; y como DEMANDADA la DIPUTACION FORAL DE ÁLAVA, siendo el órgano de contratación el Departamento de Fomento del Empleo, Comercio y Turismo y de Administración Foral.

Vista la medida provisional de suspensión del procedimiento solicitada por el recurrente al amparo del art. 49 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP, este Órgano efectúa las siguientes consideraciones.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** - Por Orden Foral 310/2021, de 26 de julio, de la Diputada Foral de Fomento del Empleo, Comercio y Turismo y de Administración Foral, se aprobó el Cuadro de Características, los Pliegos de Prescripciones Técnicas, los de Cláusulas Administrativas Particulares y resto de documentación del expediente de contratación del suministro de material eléctrico (expte. 331/2021)

El valor estimado total del contrato asciende a 395.937,64 euros.

**SEGUNDO.** - El 29 de octubre de 2021 tuvo entrada en el Registro General de la Diputación Foral de Alava escrito de recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la recurrente contra el acuerdo de exclusión de la licitadora recurrente adoptado por la Mesa de Contratación en reunión celebrada el 4 de octubre de 2021.

En dicho recurso solicita, por otrosí, la adopción de la medida provisional consistente en la suspensión cautelar de la tramitación de la licitación hasta que recaiga resolución, pues de otro modo el recurso quedaría sin efecto si se formaliza el contrato con otro contratista.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A la vista del valor estimado del contrato y de las previsiones del art. 44 de la LCSP que dispone en su apartado 1.a) que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación los actos y decisiones que refieran a contratos de suministros con un valor estimado superior a cien mil euros, puesto en relación con el apartado 2) del mismo precepto que indica que podrán ser objeto de recurso, entre otras actuaciones, *los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas.* Por tanto, puede concluirse que la decisión de la mesa de contratación es susceptible de recurso especial.

**SEGUNDO.-** Al amparo de la LCSP la solicitud de medidas provisionales puede efectuarse: (i) antes de interponer el recurso especial (art. 49.1 de la LCSP), (ii) en el momento de interponerlo (art. 51.1 del mismo texto legal), o (iii) con posterioridad a su interposición pero en todo caso antes de su resolución (art.56.3 tercer párrafo de la precitada LCSP).

El art. 49.2 de la LCSP indica que “*el órgano competente para la resolución del recurso deberá adoptar decisión en forma motivada sobre las medidas cautelares dentro de los cinco días hábiles siguientes a la presentación del escrito en el que se soliciten*” y que “*tales medidas 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*”.

La legislación de contratos del sector público no define los parámetros sobre los que adoptar o denegar las medidas provisionales. En este sentido, viene entendiéndose que los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo sobre la suspensión 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.
- 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*”, 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.

**TERCERO.** - En este caso, los motivos alegados por la recurrente para fundamentar la suspensión del procedimiento de licitación se refieren al periculum in mora y a la ausencia de daño para el interés general. Atendiendo al primero de ellos, hay que añadir que es criterio de este tribunal administrativo el tratar de asegurar la eficacia de la resolución que finalmente se tome, evitando a su vez los perjuicios que se crearían para las partes si el procedimiento de licitación continuase hasta la adjudicación y formalización del contrato de forma paralela a la tramitación del presente recurso especial, pues una eventual estimación del recurso obligaría a retrotraer actuaciones y a dejar sin efecto actos declarativos de derechos.

Por ello, y sin prejuzgar el fondo del asunto, al objeto de propiciar y favorecer el efecto útil del recurso planteado, este Órgano Foral de Recursos Contractuales emite la siguiente

### **RESOLUCIÓN**

**Único.** - Aprobar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato de suministro de material eléctrico (expte. 331/2021) hasta que recaiga resolución en el recurso especial interpuesto por la representación de ELEKTRA, S.A. contra la decisión de excluir su oferta, adoptada por la mesa de contratación en sesión de 4 de octubre de 2021.

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