

Incidente de ejecución 1/2018 (Resolución 144/2018)**Resolución 296/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA.**

Sevilla, 23 de octubre de 2018

VISTO el incidente de ejecución promovido por la entidad **BEEHEALTH ASESORÍA Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO SANITARIO, S.L.** respecto a la Resolución de este Tribunal 144/2018, de 16 de mayo, por la que se estimó el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la citada empresa contra la resolución de adjudicación, de 8 de marzo de 2018, dictada por la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, así como contra el acuerdo, de 26 de diciembre de 2017, de la mesa de contratación por el que se admite a la otra empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro e implantación de un sistema de información corporativo de farmacia oncológica para los centros hospitalarios del Servicio Andaluz de Salud, cofinanciado en un 80% con fondos FEDER en el marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020” (Expte. 2111/2017), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 16 de mayo de 2018, este Tribunal dictó la Resolución 144/2018



correspondiente al recurso 126/2018. En la citada Resolución se acordó *“Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad BEEHEALTH ASESORIA Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO SANITARIO, S.L. contra la resolución de adjudicación, de 8 de marzo de 2018, dictada por la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud, así como contra el acuerdo, de 26 de diciembre de 2017, de la mesa de contratación por el que se admite a la otra empresa licitadora en el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Suministro e implantación de un sistema de información corporativo de farmacia oncológica para los centros hospitalarios del Servicio Andaluz de Salud, cofinanciado en un 80% con fondos FEDER en el marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020” (Expte. 2111/2017), y en consecuencia, anular los actos impugnados debiendo procederse en los términos indicados en el fundamento de derecho sexto de esta resolución”*.

En el citado fundamento se acordaba, asimismo, la continuación del procedimiento hasta su resolución, manteniendo la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

La resolución fue remitida por correo electrónico al órgano de contratación el 17 de mayo de 2018, quien confirmó su recepción al día siguiente.

SEGUNDO. El 24 de mayo de 2018, el Director General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud dictó resolución por *“la que se da cumplimiento”* a la Resolución 144/2018 de este Tribunal. En su parte dispositiva se resuelve:

“PRIMERO. Ejecutar la Resolución n.º 144/2018 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en relación al expediente administrativo para la contratación del (...), a la que se da el debido cumplimiento.

SEGUNDO. Ordenar la retroacción de actuaciones al momento de adopción del



acuerdo por la mesa de contratación referente a la admisión de licitadores a la citada contratación, con continuación del procedimiento hasta su resolución, manteniendo la validez de aquellos actos y trámites cuyo contenido hubiera permanecido igual de no haberse cometido la infracción.

TERCERO. Notificar la presente Resolución al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y publicarla en el perfil de contratante del Servicio Andaluz de Salud, para general conocimiento.”

TERCERO. El 17 de septiembre de 2018, tuvo entrada en el Registro del Tribunal incidente de ejecución promovido por BEEHEALTH ASESORIA Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO SANITARIO, S.L (BEEHEALTH, en adelante) respecto a la Resolución 144/2018, solicitando que se ordene al órgano de contratación el cumplimiento completo de la misma y en sus estrictos términos.

CUARTO. Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 19 de septiembre de 2018, se dio traslado del escrito promoviendo el incidente de ejecución al órgano de contratación y a la entidad INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA S.L, a fin de que en un plazo de diez días hábiles pudieran presentar las alegaciones oportunas, de conformidad con lo establecido en el artículo 36.3 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual, aprobado por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPER, en adelante).

QUINTO. El 28 de septiembre de 2018, tuvo entrada en el Registro del Tribunal el escrito de alegaciones del órgano de contratación y el 1 de octubre de 2018, el de la entidad interesada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. La competencia para resolver el incidente de ejecución promovido



corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo previsto en el artículo 36.3 del RPER que, en su primer párrafo, dispone: *“Los incidentes que planteen los interesados en relación con la ejecución de la resolución, se resolverán por el Tribunal previa audiencia de los interesados.”*

SEGUNDO. Respecto a la legitimación para formular el incidente de ejecución, el Reglamento antes citado señala que podrán plantearlo los interesados. Así, BEEHEALTH ostenta tal condición, al ser parte recurrente en el procedimiento que dio origen a la resolución 144/2018 de este Tribunal, cuya ejecución constituye el objeto del incidente promovido.

TERCERO. En cuanto al procedimiento para la resolución de los incidentes de ejecución, el artículo 36.3 del RPER prevé que *“A tal fin, recibido el escrito planteando el incidente, el Tribunal dará traslado del mismo, con la documentación que lo acompañe, a los interesados a fin de que, durante el plazo de diez días hábiles, puedan alegar cuanto estimen oportuno.*

Evacuado el trámite anterior o, en su caso, transcurrido el plazo para ello, el Tribunal resolverá el incidente en el plazo de cinco días hábiles”

En el supuesto analizado, se ha seguido el procedimiento descrito como consta en los antecedentes de la presente resolución.

CUARTO. Examinados los requisitos previos de admisión del incidente de ejecución promovido, procedemos a analizar la cuestión deducida en el mismo.

BEEHEALTH aduce que, el 24 de mayo de 2018, la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud dictó resolución por la que se daba cumplimiento a la resolución 144/2018 de este Tribunal, si bien aquella resolución contiene un cumplimiento retórico pues no se ha ejecutado el mandato de esta última por el que, tras anular los actos impugnados, se acordaba la continuidad del procedimiento de adjudicación hasta su resolución. Afirma, pues, que este se encuentra paralizado sin que se haya convocado la mesa de contratación.



Alega, asimismo, que la resolución del recurso especial es directamente ejecutiva, sin que ningún órgano judicial haya paralizado cautelarmente la eficacia de la resolución de este Tribunal.

Por su parte, el órgano de contratación, en las alegaciones al incidente de ejecución, manifiesta que, tras la Resolución, de 24 de mayo de 2018, de la Dirección General de Gestión Económica y Servicios del Servicio Andaluz de Salud por la que se daba cumplimiento a la resolución de este Tribunal, se reunió la mesa de contratación, en sesión de 25 de mayo de 2018, acordando la emisión de nuevos informes técnicos sobre valoración -con arreglo a los criterios de adjudicación de evaluación automática y no automática- de la oferta presentada por la única licitadora admitida (UTE BEEHEALTH-ST+SERVICIOS TÉCNICOS-ASSERTA GLOBAL HEALTHCARE).

Asimismo, señala que, con posterioridad, INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA, S.L. solicitó acceso al expediente de contratación que le fue denegado al no instarse en el momento procedimental oportuno, y que, en virtud del recurso contencioso-administrativo interpuesto por dicha empresa contra la Resolución 144/2018 de este Órgano, el 15 de septiembre de 2018 remitió al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), Sala de lo Contencioso-Administrativo, el expediente administrativo.

Así pues, concluye el órgano de contratación que se ha dado cumplimiento a la Resolución de este Tribunal y que, actualmente, el procedimiento de adjudicación está pendiente de elaboración de nuevos informes técnicos sobre valoración de la oferta de la única entidad que permanece en la licitación.

Finalmente, INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA, S.L., en sus alegaciones al incidente, manifiesta que ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 144/2018 de este Tribunal, solicitando del Órgano jurisdiccional la adopción de medida cautelar de suspensión. En tal sentido, aduce que la Administración no puede dar ejecución material al acto administrativo impugnado



hasta tanto no recaiga resolución judicial sobre la petición de medida cautelar y ello porque en caso de ejecución, de conformidad con la doctrinal del Tribunal Constitucional que cita, se privaría a la recurrente de su derecho a la tutela judicial efectiva que comprende también el derecho a la tutela cautelar. A los efectos oportunos, adjunta la primera hoja del escrito dirigido a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA instando la medida cautelar de suspensión.

Por tanto, la citada empresa solicita de este Tribunal que se abstenga “*de dar ejecución*” a la resolución 144/2018, hasta tanto no haya recaído resolución judicial firme resolviendo sobre la medida cautelar instada en el recurso contencioso-administrativo.

QUINTO. Expuestas las alegaciones de las partes en el incidente de ejecución promovido, la resolución del mismo exige analizar varias cuestiones.

En primer lugar, debemos abordar si, habida cuenta de la medida cautelar de suspensión de los efectos de la Resolución 144/2018 -instada por INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA, S.L. en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquella resolución-, debe suspenderse la ejecución de la misma hasta tanto el TSJA resuelva sobre la medida cautelar.

El artículo 49.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre -norma de aplicación en el supuesto analizado- al igual que el vigente artículo 59.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público establecen que la resolución del recurso especial será directamente ejecutiva, sin perjuicio del recurso contencioso-administrativo que pueda interponerse contra la misma.

Y si bien es cierto que, a raíz de la conocida Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1996, de 20 de mayo, los tribunales de justicia han señalado en diversas ocasiones que, hallándose pendiente una contienda judicial y habiéndose deducido en ella solicitud de suspensión de la ejecución del acto recurrido sin que el órgano



jurisdiccional se haya pronunciado aún sobre tal solicitud, la Administración no puede proceder a la ejecución de sus actos, ello lo ha sido con relación a actos sancionadores o cuya ejecución podía ocasionar un perjuicio inmediato e irreversible, haciendo con ello inútil o estéril el ulterior pronunciamiento judicial sobre la medida cautelar interesada.

No obstante, estas notas no son predicables de la resolución del recurso especial y en concreto, de la Resolución 144/2018 de este Tribunal por la que, tras la anulación de los actos impugnados, se acordaba la continuación de la licitación; y ello, por cuanto la nueva resolución finalizadora del procedimiento de adjudicación que adoptara el órgano de contratación en cumplimiento de la citada Resolución 144/2018 siempre sería susceptible de nuevo recurso especial y, en su caso, de ulterior recurso contencioso-administrativo, no impidiéndose en modo alguno, por mucho que se procediera a su inmediata ejecución, el debido ejercicio de la función de control y revisión por la jurisdicción-contencioso administrativa. En el sentido expuesto, se pronuncia el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (v.g. Resolución 109/2012, de 9 de mayo).

Es más, el criterio expuesto sobre inaplicación del efecto suspensivo a la resolución del recurso especial adoptada por los Órganos administrativos de recursos contractuales hasta la resolución del incidente cautelar planteado contra la misma en un procedimiento judicial, resulta confirmado a la luz del régimen transitorio que vino a disponer la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para las Comunidades Autónomas mientras las mismas no regulasen el órgano independiente de resolución de recursos contractuales -como al efecto venía a hacer la citada norma legal para la Administración General del Estado a través de la creación del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales- y continuara el órgano de contratación resolviendo el recurso especial contra los actos contractuales dictados en su ámbito.

En tal sentido, La disposición transitoria segunda, apartado d) de la citada norma legal, bajo el título “Régimen supletorio para las Comunidades Autónomas”, señalaba



que “Las resoluciones dictadas en estos procedimientos serán susceptibles de recurso contencioso-administrativo. Cuando las resoluciones no sean totalmente estimatorias o cuando siéndolo hubiesen comparecido en el procedimiento otros interesados distintos del recurrente, no serán ejecutivas hasta que sean firmes o, si hubiesen sido recurridas, hasta tanto el órgano jurisdiccional competente no decida acerca de la suspensión de las mismas.”

Así pues, por disposición legal, operaba la suspensión de la ejecutividad de las resoluciones del recurso especial dictadas en el ámbito de las Comunidades Autónomas mientras, en dicho ámbito, siguiese resolviendo el recurso el órgano que hasta entonces venía haciéndolo, en lugar de hacerlo un órgano independiente en cumplimiento del mandato previsto en la Directiva 89/665/CEE, de 21 de diciembre, -comúnmente conocida como Directiva de recursos- modificada por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre, cuyo artículo 2.8 prevé, además, que los Estados miembros velarán por que las decisiones adoptadas por los órganos responsables de los procedimientos de recurso puedan ser ejecutadas de modo eficaz.

Quiere ello decir que, una vez constituido el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, mediante el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, cuyo artículo 1 lo define como “*órgano de carácter especializado que actuará con plena independencia funcional*” en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía y de las entidades instrumentales de la misma que ostenten la condición de poderes adjudicadores, la disposición transitoria mencionada de la Ley 34/2010, de 5 de agosto, dejó de ser aplicable, cobrando plena vigencia a partir de la puesta en funcionamiento de este Tribunal la regla general de ejecutividad de la resolución del recurso especial, y ello pese al eventual recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la misma y aun cuando el órgano judicial no haya decidido sobre la medida cautelar de suspensión, en su caso, solicitada.

Como conclusión de cuanto antecede, en el supuesto aquí examinado no puede estimarse la alegación de INFORMÁTICA MÉDICO FARMACÉUTICA, S.L. sobre la inejecución de la resolución 144/2018 de este Tribunal hasta la resolución firme del



incidente cautelar de suspensión por ella promovido en vía contencioso-administrativa.

Así pues, siendo ejecutiva la Resolución 144/2018, procede ahora abordar si, a la vista de las actuaciones practicadas por el Servicio Andaluz de Salud, la misma ha de entenderse adecuadamente cumplida, afirmación que sostiene el órgano de contratación y de la que discrepa la parte promotora del presente incidente, quien manifiesta que el cumplimiento ha sido meramente retórico o formal, estando paralizado el procedimiento de adjudicación y sin que la mesa de contratación haya sido nuevamente convocada.

Pues bien, de las actuaciones practicadas por el órgano de contratación -según manifiesta el mismo en sus alegaciones al incidente- se desprende que, desde el 25 de mayo de 2018 en que la mesa de contratación acordó la emisión de nuevos informes técnicos sobre valoración de la oferta de la única licitadora que permanece en la licitación, el procedimiento no ha proseguido y la elaboración de los informes aún está pendiente.

Lo anterior revela que el órgano de contratación ha iniciado actuaciones en orden a la ejecución de la Resolución 144/2018, si bien el cumplimiento de la misma no ha culminado por cuanto no existe constancia de que el procedimiento de adjudicación, cuya continuación se acordó en aquella, haya finalizado.

Asiste, pues, razón a la entidad promotora del incidente de ejecución, toda vez que aún no se ha dado completo cumplimiento a la resolución de este Tribunal, sin que -como ya se ha analizado- la pendencia de una contienda judicial contra la misma y de la resolución de la medida cautelar de suspensión instada sean obstáculos a la ejecutividad de aquella, en los términos previstos en el artículo 49.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal,



ACUERDA

PRIMERO. Estimar el incidente de ejecución promovido por la entidad **BEEHEALTH ASESORIA Y COMERCIALIZACIÓN DE PRODUCTOS Y SERVICIOS EN EL ÁMBITO SANITARIO, S.L.** respecto a la Resolución de este Tribunal 144/2018, de 16 de mayo, y en consecuencia, el órgano de contratación deberá dar total y efectivo cumplimiento a la misma continuando el procedimiento de adjudicación hasta su finalización.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

