



Recopilación de la Jurisprudencia

AUTO DEL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL GENERAL

de 3 de julio de 2017*

«Procedimiento sobre medidas provisionales — Contratos públicos — Procedimiento negociado —
Demanda de medidas provisionales — Inexistencia de urgencia»

En el asunto T-117/17 R,

Proximus SA/NV, con domicilio social en Bruselas (Bélgica), representada por el Sr. B. Schutyser, abogado,

parte demandante,

contra

Consejo de la Unión Europea, representado por las Sras. A. Jaume y S. Cholakova, en calidad de agentes, asistidas por los Sres. P. de Bandt, P. Teerlinck y M. Gherghinaru, abogados,

parte demandada,

que tiene por objeto una demanda fundada en los artículos 278 TFUE y 279 TFUE y dirigida a la concesión de medidas provisionales que tienen por objeto, por una parte, la suspensión de la ejecución de la resolución del Consejo de atribuir a otro licitador el contrato marco y, por otra parte, la suspensión de la ejecución del contrato marco celebrado entre el Consejo y el adjudicatario,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL GENERAL

dicta el siguiente

Auto

Antecedentes del litigio, procedimiento y pretensiones de las partes

- 1 Mediante escrito de 28 de julio de 2016, el Consejo de la Unión Europea instó a la demandante, Proximus SA/NV, así como a [confidencial],¹ a participar en un procedimiento negociado de licitación al objeto de celebrar un contrato marco.
- 2 Mediante escrito de 24 de noviembre de 2016, se convocó a los licitadores que participaban en el procedimiento de licitación a asistir a una reunión de negociación sobre aspectos financieros, que incluían, en particular, determinadas solicitudes de aclaración.

* Lengua de procedimiento: inglés.

¹ Datos confidenciales omitidos.

- 3 La reunión de negociación se celebró el 1 de diciembre de 2016.
- 4 Tras dicha reunión, el Consejo instó a los licitadores a responder a los puntos planteados en el acta y a que presentaran hasta el 8 de diciembre de 2016 una oferta económica modificada que debía constituir su última y mejor oferta.
- 5 Mediante escrito de 23 de diciembre de 2016, el Consejo informó a la demandante de que su oferta no había sido seleccionada y que el contrato se había adjudicado a otro licitador (en lo sucesivo, «decisión impugnada»). El mismo día, se comunicó a la demandante la evaluación de su oferta.
- 6 El 29 de diciembre de 2016, la demandante se dirigió por carta al Consejo. Solicitó información adicional sobre las características y la ventaja relativa de la oferta seleccionada. Además, indicó que la aplicación del criterio del precio le parecía errónea, en la medida en que había obtenido una puntuación inferior a la del licitador seleccionado, cuando la oferta de éste contenía un precio total más elevado. Por último, la demandante solicitó al Consejo que reconsiderase su decisión.
- 7 Mediante escrito de 6 de enero de 2017, la demandante solicitó nuevamente al Consejo que reconsiderase su decisión y que no firmase el contrato con el licitador seleccionado. En dicho escrito, la demandante expuso, de manera detallada, las razones por las que, en su opinión, el método aplicado para evaluar la oferta más ventajosa desde el punto de vista económico era erróneo y su aplicación había conducido a un resultado «inaceptable». Por otra parte, la demandante invocó el hecho de que los precios ofrecidos por el licitador seleccionado para los «service packages» 1 y 2 eran anormalmente bajos. El 10 de enero de 2017, la demandante envió al Consejo otra carta que recogía, de manera ligeramente modificada, el tenor del escrito de 6 de enero de 2017.
- 8 Mediante carta de 13 de enero de 2017, el Consejo respondió al escrito de la demandante de 29 de diciembre de 2016 haciéndole saber que respondería por separado a su escrito de 6 de enero de 2017.
- 9 Mediante carta de 16 de enero de 2017, la demandante desarrolló su argumentación sobre el precio anormalmente bajo ofrecido por el licitador seleccionado para los «service packages» 1 y 2 y reiteró su solicitud de que el Consejo reconsiderase su decisión y de que no celebrase el contrato con el licitador seleccionado.
- 10 Mediante escrito de 23 de enero de 2017, el Consejo adoptó una posición sobre los escritos de la demandante de 6 y 16 de enero de 2017. Además, señaló que no veía razón alguna por la que debiera modificar su decisión de adjudicación o no celebrar el contrato.
- 11 Mediante carta de 7 de febrero de 2017, la demandante señaló al Consejo que consideraba que las respuestas que éste le había dado eran insuficientes y que había decidido proseguir por la vía contenciosa, tanto a través de un recurso sobre el fondo, como mediante una demanda de medidas provisionales, que serían presentados algunas semanas después. Por otra parte, solicitó al Consejo que no firmase el contrato mientras tanto.
- 12 Mediante escrito presentado en la Secretaría del Tribunal el 23 de febrero de 2017, la demandante interpuso un recurso en el que solicitaba, esencialmente, que se anulase la decisión impugnada.
- 13 Mediante escrito separado, presentado en la Secretaría del Tribunal el 23 de febrero de 2017, la demandante interpuso la presente demanda de medidas provisionales, en la que, en esencia, solicita al Presidente del Tribunal que:
 - Suspenda la ejecución de la decisión impugnada.

- Suspenda la ejecución del contrato, si ya se hubiese celebrado con el adjudicatario, hasta que recaiga una sentencia definitiva.
 - Condene en costas al Consejo.
- 14 En sus observaciones a la demanda de medidas provisionales, presentadas en la Secretaría del Tribunal el 10 de marzo de 2017, el Consejo solicita al Presidente del Tribunal que:
- Desestime la demanda de medidas provisionales.
 - Condene en costas a la demandante.
- 15 En respuesta a la pregunta formulada por el Presidente del Tribunal, el Consejo señaló, el 28 de febrero de 2017, que había firmado el contrato con el adjudicatario el 15 de febrero de 2017 y que dicho contrato había comenzado a ejecutarse.

Fundamentos de Derecho

- 16 De una lectura conjunta de los artículos 278 TFUE y 279 TFUE, por un lado, y del artículo 256 TFUE, apartado 1, por otro, resulta que el juez de medidas provisionales puede, si considera que las circunstancias lo exigen, ordenar la suspensión de la ejecución de un acto impugnado ante el Tribunal u ordenar las medidas provisionales necesarias, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 156 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal. Sin embargo, el artículo 278 TFUE sienta el principio de la falta de carácter suspensivo de los recursos, pues los actos adoptados por las instituciones de la Unión Europea disfrutan de una presunción de legalidad. Sólo con carácter excepcional puede, por tanto, el juez de medidas provisionales ordenar la suspensión de la ejecución de un acto impugnado ante el Tribunal o imponer medidas provisionales (auto de 19 de julio de 2016, Bélgica/Comisión, T-131/16 R, EU:T:2016:427, apartado 12).
- 17 El artículo 156, apartado 4, del Reglamento de Procedimiento dispone que las demandas de medidas provisionales deberán especificar «el objeto del litigio, las circunstancias que den lugar a la urgencia, así como los antecedentes de hecho y los fundamentos de Derecho que justifiquen a primera vista la concesión de la medida provisional solicitada».
- 18 De este modo, el juez de medidas provisionales puede ordenar la suspensión de la ejecución y las demás medidas provisionales si se demuestra que a primera vista la concesión de las mismas resulta material y jurídicamente justificada (*fumus boni iuris*) y que tales medidas son urgentes, en el sentido de que es necesario otorgarlas y que surtan efectos antes de que se resuelva sobre el recurso principal para evitar que los intereses de la parte que las solicita sufran un perjuicio grave e irreparable. Estos requisitos son acumulativos, de manera que las demandas de medidas provisionales deben desestimarse cuando no concurra alguno de ellos. El juez de medidas provisionales debe proceder asimismo, en su caso, a la ponderación de los intereses en juego (véase el auto de 2 de marzo de 2016, Evonik Degussa/Comisión, C-162/15 P-R, EU:C:2016:142, apartado 21 y jurisprudencia citada).
- 19 En el marco de este examen de conjunto, el juez de medidas provisionales dispone de una amplia facultad de apreciación y puede determinar libremente, a la vista de las particularidades del asunto, de qué manera debe verificarse la existencia de los diferentes requisitos y el orden que debe seguirse en este examen, puesto que ninguna norma jurídica le impone un esquema de análisis preestablecido para apreciar si es necesario pronunciarse con carácter provisional [véase el auto de 19 de julio de 2012, Akhras/Consejo, C-110/12 P(R), no publicado, EU:C:2012:507, apartado 23 y jurisprudencia citada].

- 20 Habida cuenta de los documentos obrantes en autos, el juez de medidas provisionales considera que dispone de todos los datos necesarios para pronunciarse sobre la presente demanda de medidas provisionales, sin que sea necesario oír previamente las explicaciones orales de las partes.
- 21 A la luz de las circunstancias del presente asunto, procede examinar en primer lugar si se cumple el requisito de la urgencia.
- 22 A efectos de verificar si las medidas provisionales solicitadas son urgentes, procede recordar que la finalidad del procedimiento sobre medidas provisionales es garantizar la plena eficacia de la futura resolución definitiva, con objeto de evitar una laguna en la protección jurídica que ofrece el juez de la Unión (véase, en este sentido, el auto de 14 de enero de 2016, AGC Glass Europe y otros/Comisión, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, apartado 27).
- 23 Para alcanzar este objetivo, la urgencia debe apreciarse, de manera general, en relación con la necesidad de decidir provisionalmente a fin de evitar que los intereses de la parte que solicita la protección provisional sufran un perjuicio grave e irreparable. Incumbe a esa parte aportar la prueba de que no puede esperar a que se resuelva el procedimiento relativo al recurso sobre el fondo sin sufrir un perjuicio grave e irreparable (véase, en este sentido, el auto de 14 de enero de 2016, AGC Glass Europe y otros/Comisión, C-517/15 P-R, EU:C:2016:21, apartado 27 y jurisprudencia citada).
- 24 Por lo que respecta, sin embargo, al contencioso en materia de contratos públicos, han de tenerse en cuenta sus particularidades a fin de apreciar la urgencia.
- 25 En efecto, se desprende de la jurisprudencia que, habida cuenta de los imperativos que se derivan de la protección efectiva que debe garantizarse en materia de contratos públicos, cuando el licitador descartado logra demostrar la existencia de un *fumus boni iuris* especialmente sólido, no cabe exigirle que acredite que la desestimación de su demanda de medidas provisionales podría causarle un perjuicio irreparable, si no se quiere menoscabar de manera excesiva e injustificada la tutela judicial efectiva de la que goza en virtud del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [véase, en este sentido, el auto de 23 de abril de 2015, Comisión/Vanbreda Risks & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, apartado 41].
- 26 No obstante, como se desprende de la jurisprudencia, esta flexibilización de los requisitos aplicables para apreciar la existencia de la urgencia, justificada por el derecho a la tutela judicial efectiva, únicamente se aplica durante la fase previa a la celebración del contrato, siempre que se respete el plazo de espera resultante del artículo 118, apartados 2 y 3, del Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión y por el que se deroga el Reglamento (CE, Euratom) n.º 1605/2002 del Consejo (DO 2012, L 298, p. 1), y del artículo 171, apartado 1, del Reglamento Delegado n.º 1268/1012 de la Comisión, de 29 de octubre de 2012, sobre las normas de desarrollo del Reglamento n.º 966/2012 (DO 2012, L 362, p. 1). Si la entidad adjudicadora ha concluido el contrato con el adjudicatario una vez transcurrido ese plazo y antes de la presentación de la demanda de medidas provisionales, ya no se justifica la flexibilización antes mencionada [véase, en este sentido, el auto de 23 de abril de 2015, Comisión/Vanbreda Risks & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, apartados 34 y 42].
- 27 A este respecto, procede señalar que se desprende del artículo 171, apartado 2, letra d), del Reglamento n.º 1268/2012 que el plazo de espera no era aplicable en el caso de autos, al haberse adjudicado el contrato en el marco del procedimiento negociado.
- 28 Según la demandante, dicha flexibilización de los requisitos aplicables para apreciar la existencia de la urgencia debe aplicarse al presente asunto habida cuenta de la complejidad del asunto y de la diligencia que ha demostrado tener tras la notificación de la decisión impugnada.

- 29 No puede acogerse esta argumentación.
- 30 Incluso suponiendo que la jurisprudencia que establece la flexibilización de los requisitos aplicables para apreciar la existencia de la urgencia pueda trasladarse a supuestos en los que, como ocurre en el caso de autos, el Reglamento n.º 1268/2012 especifica que no se aplica el plazo de espera, no es menos cierto que la demandante no ha presentado su demanda de medidas provisionales dentro del plazo necesario para poder beneficiarse de dicha flexibilización.
- 31 En efecto, ante todo, ha de señalarse que la demandante no presentó su demanda de medidas provisionales en la fase precontractual, sino tan sólo el 23 de febrero de 2017, mientras que el contrato se firmó el 15 de febrero de 2017.
- 32 Pues bien, como demuestra la carta de la demandante de 6 de enero de 2017, ésta disponía a más tardar en esa fecha de elementos suficientes para determinar la existencia de una posible ilegalidad de la decisión de adjudicación a los efectos de presentar una demanda de medidas provisionales antes de que el Consejo y el adjudicatario celebrasen el contrato el 15 de febrero de 2017.
- 33 A este respecto, procede señalar que los cuatro motivos invocados por la demandante en apoyo de su demanda de medidas provisionales tienen por objeto el método de evaluación de la oferta económicamente más ventajosa y su aplicación en el presente asunto. Pues bien, la demandante ya había expuesto esa crítica en su escrito de 6 de enero de 2017.
- 34 Dicha crítica, presentada como un motivo de anulación y en apoyo de la demanda de medidas provisionales, le habría permitido interponer dentro de plazo un recurso de anulación acompañado de una demanda de medidas provisionales dirigida a evitar la conclusión del contrato entre el Consejo y el adjudicatario. Esa demanda, presentada en tiempo oportuno, habría permitido a la demandante conseguir que se dictara un auto, en virtud del artículo 157, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, por el que ordenara la suspensión de la ejecución de la decisión de adjudicación, antes incluso de que la otra parte hubiera presentado sus observaciones, mientras se sustanciara el procedimiento de medidas provisionales (véase, en este sentido, el auto de 30 de mayo de 2017, Enrico Colombo y Corinti Giacomo/Comisión, T-690/16 R, no publicado, EU:T:2017:370, apartado 40 y jurisprudencia citada).
- 35 Además, la demandante tampoco puede alegar que solicitó al Consejo, en reiteradas ocasiones, que no firmase el contrato. En efecto, en ningún momento el Consejo dio a entender que estuviese dispuesto a suspender la firma del contrato. Al contrario, en su escrito de 23 de enero de 2017, el Consejo indicó que no veía razón alguna por la que debiera modificar su decisión de adjudicación o no celebrar el contrato.
- 36 Por último, tampoco cabe acoger el argumento de la demandante de que debía haber «dispuesto de un plazo razonable para analizar la respuesta» del Consejo de 23 de enero de 2017. En efecto, en cualquier caso, de su carta de 7 de febrero de 2017 se desprende que la demandante consideraba insuficientes las respuestas del Consejo y le comunicaba su intención de seguir por la vía contenciosa. Sin embargo, no interpuso su recurso de anulación, junto con la demanda de medidas provisionales, hasta el 23 de febrero de 2017.
- 37 Habida cuenta de todo lo que precede, debe concluirse que la flexibilización del requisito relativo a la urgencia en materia de contratos públicos no puede aplicarse en el caso de autos.
- 38 A continuación, debe analizarse si la demandante ha demostrado de modo suficiente en Derecho que la ejecución de la decisión impugnada le causaría un perjuicio que pueda calificarse no sólo de grave, sino también de irreparable en el sentido de la jurisprudencia recordada en el anterior apartado 23.

- 39 A este respecto, en primer lugar, ha de recordarse la jurisprudencia reiterada según la cual un perjuicio de naturaleza pecuniaria no puede considerarse irreparable, salvo en circunstancias excepcionales, pues, por regla general, una compensación pecuniaria basta para que la persona perjudicada vuelva a encontrarse en la situación anterior a la realización del perjuicio. En particular, tal perjuicio podría repararse en el marco de un recurso de indemnización presentado sobre la base de los artículos 268 TFUE y 340 TFUE [véase el auto de 23 de abril de 2015, Comisión/Vanbreda Risks & Benefits, C-35/15 P(R), EU:C:2015:275, apartado 24 y jurisprudencia citada].
- 40 En segundo lugar, ha de subrayarse que las consecuencias económicas negativas para el licitador no seleccionado que se deriven de la desestimación de su oferta forman parte, en principio, del riesgo comercial habitual al que debe hacer frente toda empresa presente en el mercado. Por lo tanto, el mero hecho de que la desestimación de una oferta pueda tener consecuencias económicas negativas, incluso graves, para el licitador excluido no puede justificar por tanto, por sí solo, las medidas provisionales solicitadas por éste (véase, en este sentido, el auto de 11 de marzo de 2013, Communicaid Group/Comisión, T-4/13 R, EU:T:2013:121, apartados 28 a 30 y jurisprudencia citada).
- 41 Por último, ha de recordarse que los elementos esenciales y principales del contrato celebrado al término de una licitación para la adjudicación de un contrato público, son, por una parte, la ejecución del contrato por la empresa adjudicadora y, por otra, el pago de la cantidad prevista contractualmente por el poder adjudicador. En cambio, las consideraciones relativas a la reputación del licitador seleccionado y a la posibilidad de que éste utilice la adjudicación de un contrato público prestigioso como referencia en el marco de una futura licitación o en otros contextos de competencia se refieren únicamente a elementos accidentales y accesorios de dicho contrato. Pues bien, si el hecho de que un licitador descartado sufra un lucro cesante grave al no obtener la cantidad prevista contractualmente, elemento esencial y principal del contrato público de que se trata, no puede justificar la adopción de una medida provisional, lo mismo debe ocurrir, con mayor razón, en lo que respecta a la pérdida de los referidos elementos accidentales y accesorios (véase, en este sentido, el auto de 30 de mayo de 2017, Enrico Colombo y Corinti Giacomo/Comisión, T-690/16 R, no publicado, EU:T:2017:370, apartado 55 y jurisprudencia citada).
- 42 Las alegaciones de la demandante dirigidas a demostrar un perjuicio grave e irreparable, basadas en la naturaleza del contrato controvertido como «contrato de referencia», en el carácter «prestigioso» del contrato, en la imposibilidad de desarrollar sus competencias mediante la ejecución del contrato y de establecer una cooperación efectiva con otras sociedades, o en la pérdida de la posibilidad, a la vista de la importancia del contrato, de obtener reducciones y ventajas por parte de sus suministradores que, a continuación, podría repercutir en sus clientes, se refieren a elementos accidentales y accesorios del contrato de que se trata en el sentido de la jurisprudencia recordada en el apartado anterior. Por lo tanto, de conformidad con dicha jurisprudencia, esas alegaciones no pueden prosperar.
- 43 De todo lo anterior resulta que procede desestimar la demanda de medidas provisionales, al no haber demostrado la demandante la urgencia, sin que sea necesario pronunciarse sobre el *fumus boni iuris* o proceder a la ponderación de intereses.
- 44 De conformidad con el artículo 158, apartado 5, del Reglamento de Procedimiento, procede reservar la decisión sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL PRESIDENTE DEL TRIBUNAL GENERAL

resuelve:

1) Desestimar la demanda de medidas provisionales.

2) Reservar la decisión sobre las costas.

Dictado en Luxemburgo, a 3 de julio de 2017.

El Secretario
E. Coulon

El Presidente
M. Jaeger