RE 028/2015

Acuerdo 39/2015, de 27 de marzo de 2015, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por CASTA GUADARRAMA, S.L, frente al procedimiento denominado «Gestión de una unidad rehabilitadora de media estancia para personas con enfermedad mental de la Comunidad Autónoma de Aragón ubicada en el Barrio de Juslibol de Zaragoza», convocado por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 7 de febrero de 2015, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación relativo al procedimiento denominado «Gestión de una unidad rehabilitadora de media estancia para personas con enfermedad mental de la Comunidad Autónoma de Aragón ubicada en el Barrio de Juslibol de Zaragoza», convocado por Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón (en adelante el Departamento), contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), con varios criterios de adjudicación, un valor estimado de 8 553 639,24 euros, IVA no incluido, y una duración de cuatro años desde la formalización del contrato, que podrá prorrogarse por periodos de hasta un año, con un máximo de dos años.

En el anuncio se señala, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza a las 14 horas del día 18 de marzo de 2015.

Por Orden del Consejero del Departamento, de 12 de marzo de 2015, publicada en los mismos medios en los que se publicó la licitación, se amplió el plazo de presentación de proposiciones hasta las 14 horas del día 27 de marzo de 2015.

SEGUNDO.-El 25 de febrero de 2015 tuvo entrada, en el Registro del Departamento, recurso especial en materia de contratación interpuesto por Dª Josefina Fernández Miguelez, en nombre y representación de CASTA GUADARRAMA, S.L. (en adelante CASTA), frente a la licitación del contrato.

El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

a) Considera errónea la calificación del contrato como contrato de servicios, al tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos. Acude en defensa de su criterio a las definiciones de ambos tipos contenidas en el TRLCSP; al alcance de la prestación demandada en el PPT; al hecho de que los destinatarios del contrato son los particulares y la competente para la prestación es la propia Administración; y a la doctrina sobre la transferencia de riesgos mantenida por los Tribunales.
b) Atendiendo a la tipología adecuada (gestión de servicios públicos) considera improcedente la clasificación exigida por la Administración en el PCAP (Grupo N, subgrupo 1, categoría d). En todo caso, aun admitiendo la calificación como contrato de servicios, para la acreditación de la solvencia técnica no resulta suficiente la concreta clasificación exigida, al responder ésta a prestaciones complementarias para la actividad de la

Administración, muy alejadas de la complejidad de estos contratos, y de la exigencia de una solvencia dimensionada a la medida del interés público subyacente. Entiende que de mantenerse la exigencia de clasificación, se podría producir una inadecuada restricción de la competencia, lo que vulneraría los principios de salvaguardia de la libre competencia, de control del gasto, y eficiente utilización de los fondos públicos, pues no garantizaría la selección de la oferta económicamente más ventajosa, lo que resulta contrario a Derecho y a los principios comunitarios reguladores de la contratación pública.

Por lo alegado, solicita que se estime el recurso y se anule la licitación. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 43 TRLCSP, se solicita también que se acuerde cautelarmente la suspensión del procedimiento de licitación.

TERCERO.- El 2 de marzo de 2015, el Departamento traslada el recurso al Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.3 TRLCSP, junto con el informe al que se refiere el artículo 46.2 TRLCSP (el expediente completo había sido remitido con ocasión de la interposición de los recursos RE 024/2015 y RE 026/2015).

CUARTO.- El 2 de marzo de 2015, el Tribunal traslada a CASTA el contenido de la Resolución 6/2015, de 24 de febrero, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por la que se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por otras recurrentes, en los recursos especiales interpuestos frente a la misma licitación, en el sentido de no acordar la misma, en atención a lo dispuesto en el artículo 43.4TRLCSP, considerando que el

plazo para presentar proposiciones en el procedimiento concluye el día 18 de marzo de 2015, en aplicación de los distintos intereses en juego, y dado que el Acuerdo de este Tribunal sobre el recurso especial se adoptará antes de la finalización del mencionado plazo de presentación de proposiciones.

QUINTO.- El Jefe de Servicio de Gestión Económica, Contratación y Asuntos Generales del Departamento, en su informe al recurso, sostiene:

a) En cuanto a la calificación del contrato como de servicios, el Departamento consideró inicialmente que se trataba de un contrato de gestión de servicios públicos, aplicando la doctrina contenida en el Informe 2/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. Esta calificación no fue aceptada por la Intervención General en el trámite de fiscalización previa del expediente, por entender, en síntesis, que no existe asunción de riesgo por el prestador del servicio. Posición que se confirma a la vista del Acuerdo 37/2014 del TACPA, que resolvió un recurso frente a un contrato similar al que ahora se licita, y en el que se concluyó su carácter de contrato de servicios.
b) En cuanto a la clasificación exigida, entiende que la recurrente acude al contenido del Acuerdo 11/2014, del TACPA, cuyas conclusiones no son extrapolables al objeto ahora licitado, pues éste se refería a una prestación sanitaria de alta especialización (hemodiálisis), y el actual a una atención que encaja en la clasificación concreta exigida. Afirma que no existe restricción de la competencia, pues basta consultar las bases de datos del Registro Oficial de Empresas Clasificadas para concluir que existen

187 empresas o entidades que disponen de la clasificación exigida en el contrato.

Por todo lo apuntado se solicita la desestimación del recurso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de CASTA GUADARRAMA, S.L, para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP, dado que por el objeto de su actividad social y sus pretensiones, puede tener interés en presentarse a la licitación.

El recurso se plantea frente a la licitación de un contrato de servicios de la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón), y el recurso se plantea en tiempo y forma.

SEGUNDO.- Sobre la calificación de la prestación como contrato de servicios, y no de servicios públicos, debe recordarse la doctrina fijada en nuestros Acuerdos 52/2013, 55/2013, 37/2014 y 57/2014. La calificación de un contrato como de servicios públicos exige que exista necesariamente transferencia de riesgo operacional, pues de lo

contrario, es un contrato de servicios. Interesa recordar nuestra argumentación, que pretende conciliar el marco normativo español con la normativa y jurisprudencia comunitaria, de directa aplicación en nuestro ordenamiento jurídico. Para que exista un contrato de concesión (de gestión de servicios públicos) es necesario que se transfiera el riesgo operacional. Es decir, es condición *sine qua non*, la transferencia del riesgo operacional al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada; hecha propia y citada por los órganos consultivos de contratación en España; en especial, para Aragón, la Recomendación 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y el Informe 2/2014, de este mismo órgano consultivo.

Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la Sentencia TJUE de 10 de marzo de 2011, Asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*).

Aun cuando se señala en el informe al recurso que inicialmente el Departamento consideró que existía en el contrato una cierta transferencia de riesgo al concesionario, que respaldaba su calificación como contrato de gestión de servicios públicos (y así se recoge en el Informe justificativo de la necesidad de la contratación del servicio de 1 de octubre de 2014, y en la Memoria económica de esa misma fecha); la Intervención General, en el trámite de fiscalización previa preceptivo y vinculante, señaló que se trataba de un contrato de servicios, con justificación en la inexistencia de transferencia de riesgos al contratista.

Justificación que comparte este Tribunal administrativo, ya que un servicio sanitario como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento. Criterio avalado por los Acuerdos 37/2014 y 57/2014, de este Tribunal, relativos, respectivamente, a la Gestión de un centro de día de salud mental para personas con enfermedad mental en la Comunidad Autónoma de Aragón, y a la gestión de un Centro de Inserción Laboral en Zaragoza para personas con enfermedad mental, en los que se rechaza la interpretación de que exista riesgo —con fundamentación que puede extrapolarse a la licitación impugnada, con ligeros matices—, por lo siguiente:

> *«En primer lugar, porque un servicio como el analizado, difícilmente encaja con modalidades de tipo concesional y transferencia de riesgos, en tanto puede desvirtuarse una prestación esencial y obligatoria contenida en la cartera de servicios del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, máxime cuando ni siquiera hay inversiones iniciales que justifiquen el modelo para una adecuada financiación. Además, y en el caso concreto, no existe transferencia de riesgos, pues ésta exige capacidad de adoptar decisiones de carácter empresarial para captar usuarios, y tal opción viene negada por los propios pliegos, ya que es la Administración sanitaria la que decide cuando se envía a un paciente al centro. Asimismo, como se reconoce en el informe al recurso, en el supuesto de no alcanzarse un mínimo de pacientes (en una escala del 25 por ciento) se garantiza el reequilibrio financiero del contrato, lo que, por sí, implica la laminación del pretendido riesgo operacional. No hay, en consecuencia, transferencia del riesgo operacional al contratista, sino pago de una*

cantidad fija mensual por la prestación de unos servicios a unos usuarios que el propio Departamento determina».

En consecuencia, al no existir transferencia de riesgos, la calificación como contrato de servicios —coherente con la doctrina fijada por este Tribunal— es correcta, por lo que procede desestimar este motivo del recurso.

TERCERO.- El segundo motivo de impugnación se fundamenta en que la exigencia de clasificación empresarial en la licitación supone, de hecho, una limitación indebida de la competencia. Parte la recurrente en este punto de que el PCAP está exigiendo, para acreditar la solvencia económica y técnica, una determinada clasificación, en concreto, la relativa al Grupo N, subgrupo 1, categoría d).

Pues bien, aunque el apartado «M» de la carátula u hoja resumen del PCAP recoge la misma como obligatoria, pues reza «*clasificación exigible al contratista*», el análisis del Anexo II del PCAP «SOLVENCIA ECONOMICA Y FINANCIERA Y TÉCNICA» —al que se remite la cláusula 2.2.5.1.4º que regula la acreditación de la solvencia—, contradice esta manifestación, al contener los medios y criterios con los que acreditar la solvencia económica y técnica; y recoger la referida clasificación únicamente con carácter alternativo en su punto 2. «*El licitador podrá acreditar su solvencia aportando el certificado que le acredite la siguiente clasificación (artículo 74.2 TRLCSP*)».

Así, el apartado 1 del Anexo II señala textualmente:

«1.- La solvencia económica y financiera y técnica o profesional, se acreditará mediante la aportación de la documentación a que se refieren los siguientes criterios de selección:

SOLVENCIA ECONÓMICA Y FINANCIERA (artículo 75.1 TRLCSP)

a) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

Criterios de selección: Declaración responsable del licitador acreditando una facturación realizada en los últimos tres años, cuyo importe sea de, al menos, 2.000.000 euros de media anual.

En caso de fusión o absorción de empresas, se aportará la cifra de negocios de las empresas fusionadas o absorbidas. Si se trata de empresas de nueva creación, la solvencia económica y financiera se justificará con la cifra de negocios del periodo correspondiente a la actividad de la empresa.

SOLVENCIA TÉCNICA O PROFESIONAL (artículo 78 TRLCSP)

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años, que incluya importe, fechas y el destinatario público o privado, de los mismos.

Criterios de selección: Haber prestado servicios similares a los del objeto del contrato, en los tres últimos años, por un importe de, al menos, 1 250 000 euros de media anual.

Se acreditará aportando certificado de las entidades para las que se hayan prestado esos servicios.

En caso de fusión o absorción de empresas, se aportará relación de los servicios realizados por las empresas fusionadas o absorbidas. Si se trata de empresas de nueva creación, la solvencia técnica o profesional se justificará con los certificados de servicios realizados en el periodo correspondiente a la actividad de la empresa.

2.- El licitador podrá acreditar su solvencia aportando el certificado que le acredite la siguiente clasificación (artículo 74.2 TRLCSP):

GRUPO	SUBGRUPO	TIPO DE SERVICIO	CATEGORÍA
N	1	Actividades médicas y sanitarias	D

Es evidente que existe una clara contradicción en las cláusulas del PCAP, que ha llevado a la recurrente a interpretar que en la licitación se exige acreditar una determinada clasificación de servicios, lo que, por otra parte, tampoco se ha desvirtuado en el informe al recurso, en el que se insiste en justificar la concreta clasificación exigida, sin afirmar, ni defender, su carácter «alternativo».

Es doctrina consolidada de este Tribunal, que la finalidad de los Pliegos, en tanto *lex contractus,* es aportar certeza y seguridad sobre los elementos de la licitación, en especial, sobre el objeto, plazo, retribución y condiciones de adjudicación. Difícilmente puede cumplirse la finalidad de un procedimiento de licitación, caracterizado por la comparación de ofertas, si estos extremos no son claros. La carga de claridad en la elaboración y el contenido de los pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, es de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, son también responsabilidad de los mismos. La confusión entre el clausulado de los Pliegos exige un criterio hermenéutico proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la «oscuridad» de las cláusulas no puede perjudicar a los posibles licitadores (Acuerdo 5/2011, de 16 de mayo).

En su consecuencia, la incongruencia del PCAP respecto a la exigencia de clasificación empresarial como requisito de solvencia debe ser considerada una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, en tanto tiene un efecto limitativo a la concurrencia. La Administración no puede salvar la contradicción que existe entre las cláusulas indicadas mediante una mera corrección de errores, por lo que procede anular la licitación.

Procede en todo caso analizar, por seguridad jurídica, si debe exigirse o no clasificación empresarial en la presente licitación, y la procedencia de aplicar la previsión contenida en el artículo 74.2 TRLCSP.

Este Tribunal ya rechazó la hipótesis de que sea exigible la clasificación empresarial en un contrato de ámbito sanitario en su Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero, cuya doctrina es de directa aplicación, al no existir cambios normativos, por lo que, en contratos de servicios se exige clasificación por encima del umbral de 207 000 euros.

Criterio que se confirma en el Informe 9/2014, de 2 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, a petición de la Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud, *sobre régimen jurídico de la acreditación de la solvencia en los procedimientos de contratación y de la exigencia de clasificación en los contratos de servicios. Clasificación exigible en los contratos de servicios relativos a determinadas prestaciones sanitarias*, cuya argumentación y conclusiones comparte íntegramente este Tribunal. En este informe se recuerda que si bien el articulo 37 RGLCAP recoge en el Grupo N «*Servicios cualificados*», el subgrupo 1 «*Actividades médicas y sanitarias*», que según el Anexo II del mismo RGLCAP se refiere a «*trabajos médicos y sanitarios prestados en hospitales, clínicas, sanatorios, consultorios y balnearios o en centros distintos de los anteriores, campañas preventivas y de vacunación, rehabilitación y fisioterapia*», la aplicación de la clasificación en este subgrupo a los contratos sanitarios debe analizarse con cautela, pues se trata de una regulación prevista para contratos de servicios complementarios de la actuación de la Administración, en la que no se tenían en consideración las prestaciones que entonces se tramitaban como

contratos de gestión de servicio publico o como contrato administrativo especial, pues estos tipos contractuales no exigían clasificación.

Como argumenta el órgano consultivo, la propia definición de las actividades integradas en el subgrupo es excesivamente amplia y carece de la precisión suficiente como para entender que una empresa clasificada en el mismo tiene la solvencia técnica suficiente para llevar a cabo contratos tan complejos como los que son objeto del recurso. Y es que a los contratos que tengan por objeto estas prestaciones no cabe aplicárseles el calificativo de *«complementario de la actividad de la Administración»*, pues «*complementario*» según el Diccionario de la Real Academia Española, se refiere a algo que sirve para complementar o perfeccionar otra cosa, lo que a nuestros efectos comprendería aquellos servicios accesorios que otorgan un valor añadido a una actividad de la Administración en cuya ejecución se integran. Al contrario, estos servicios se prestan directamente a los ciudadanos, lo que claramente excede del concepto restrictivo del TRLCAP.

Admitir como exigencia, a efectos del contrato objeto de recurso —atención a pacientes de salud mental—, la clasificación, resulta contrario al interés general, que exige que los adjudicatarios de los contratos públicos acrediten una solvencia económica y técnica adecuada para realizar las prestaciones objeto del contrato, máxime si se tiene en cuenta la relevancia del interés público que es la causa principal de estas contrataciones, en materia tan sensible como la salud. Como puso de relieve la Junta Consultiva del Estado en su Informe 78/09 de 23 de julio de 2010, la acreditación de la solvencia es un requisito funcional, el mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de

vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato, y estos extremos difícilmente pueden entenderse acreditados en el supuesto de este recurso.

Y por esta misma argumentación, tampoco cabe admitir la presentación por los licitadores de la referida clasificación como fórmula alternativa de acreditación de solvencia, en los términos recogidos en el artículo 74.2 TRLCSP. Como ya señaló la Recomendación 1/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, esta previsión, introducida por primera vez en la LCSP, se refiere a contratos para cuya celebración no se exija ésta, por ser de cuantía inferior a la señalada por la ley, lo que no es el caso. Y alude, además, a contratos «*del mismo tipo que aquellos para los que se haya obtenido*», lo que tampoco concurre a la vista del carácter complementario de los trabajos que posibilitan la obtención de la referida clasificación.

Es decir, de admitirse esta clasificación como forma de acreditar alternativamente la solvencia económica y técnica exigida, el Departamento no tendría garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores que únicamente aportaran ésta estuvieran capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP, y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial, interpuesto por CASTA GUADARRAMA, S.L, frente al procedimiento denominado «Gestión de una unidad rehabilitadora de media estancia para personas con enfermedad mental de la Comunidad Autónoma de Aragón ubicada en el Barrio de Juslibol de Zaragoza», convocado por el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón. Anular la licitación, por la incongruencia del PCAP respecto a la exigencia de clasificación empresarial como requisito de solvencia.

SEGUNDO.- Desestimar la pretensión relativa a la indebida calificación como contratos de servicios y no de servicios públicos, pues, por inexistencia de transferencia de riesgos, el contrato es un contrato típico de servicios.

TERCERO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- El Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción

Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.