



Roj: **STSJ AR 679/2017 - ECLI: ES:TSJAR:2017:679**

Id Cendoj: **50297330012017100183**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **15/05/2017**

Nº de Recurso: **85/2014**

Nº de Resolución: **186/2017**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **JUAN JOSE CARBONERO REDONDO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN.

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (Sección Primera).

-Recurso número 85 del año 2014-

SENTENCIA: 00186/2017

SENTENCIA NÚM. 186 de 2017

ILMOS. SEÑORES

PRE SIDENTE

Don Juan Carlos Zapata Híjar

MAGIS TRADOS

Don Jesús María Arias Juana

Doña Isabel Zarzuela Ballester

Don Juan José Carbonero Redondo

En Zaragoza, a 15 de mayo de 2017.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN (Sección Primera), el recurso contencioso-administrativo número 85 de 2014, seguido entre partes; como demandante, **AVERICUM, S.L.**, que comparece representada por Procuradora Dña. María Pilar Aznar Ubieto y asistida de Letrado D. Francisco Javier Artiles Camacho; y como demandadas, el **SERVICIO ARAGONÉS DE SALUD**, representado y asistido por Letrado del Gobierno de Aragón, y la entidad **HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS de Zaragoza**, representada por Procuradora, Dña. Erika Ena Pérez y asistida de Letrados D. Javier Balza Aguilera y Dña. Elena Picó Barandiarán, según los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La parte actora en el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de 16 de abril de 2014, interpuso recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo Especial de Contratos Públicos de Aragón nº 11/2014, de 20 de febrero de 2014, desestimatorio del recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la resolución por la que se desiste de la licitación del contrato denominado "Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II y Zaragoza III", promovida por el Servicio Aragonés de Salud. Admitido a trámite, por la recurrente se formuló demanda, y en la que tras relacionar los hechos y fundamentos de



derecho que estimaba aplicables terminó suplicando, que se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, disponga que la resolución recurrida es nula, declarando igualmente nulo todos (sic) los sucesivos actos de los que traiga causa el recurrido, y ordenando, una vez más, que se retrotraiga el expediente al momento anterior a dictarse la resolución objeto de recurso, para que por la Mesa de Contratación se continúe el proceso de licitación por todos sus trámites, procediendo a la apertura del sobre 3, proposición económica, y se proceda a la adjudicación en virtud de la admisión de los dos licitadores a la oferta más ventajosa para la administración en los términos previstos por los criterios de adjudicación reflejados en los PCAP.

SEGUNDO.- Se dio traslado a la Administración demandada, de la demanda para contestación. Evacuado traslado, el Letrado de la Comunidad Autónoma, en su escrito de contestación a la demanda, solicitó, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que, por su parte, estimó aplicables, que se dictara sentencia por la que se desestimara, declarando la conformidad a Derecho del acto impugnado.

Por su parte, la representación procesal de la entidad codemandada HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS de Zaragoza, en su escrito de contestación a la demanda, tras relacionar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dicte sentencia, desestimando íntegramente el recurso contencioso-administrativo con expresa imposición de costas a la recurrente.

TERCERO .- Recibido el pleito a prueba, y admitida la propuesta conforme consta en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado.

Ha sido Ponente de la presente resolución, el Ilmo. Sr. Magistrado D. Juan José Carbonero Redondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Combate la actora el Acuerdo impugnado, tras centrar la cuestión litigiosa en la constatación del cumplimiento en el caso concreto de los presupuestos previstos para el desistimiento en la contratación en el artículo 155 del TRLCSP y que el problema estriba en determinar si la obligación recogida en los pliegos -la exigencia de autorización prevista en el Decreto 106/2004, de 27 de abril del Gobierno de Aragón, para obtención de muestras, nefrología y diálisis- es una obligación o exigencia que se establece como requisito o condición de licitación o si la exclusión de AVERICUM S.L. de la licitación obedeció a la interpretación errónea que del PCAP realizó la Mesa de Contratación.

En esta línea, considera que los pliegos hacen mención a tal autorización como requisito para prestar el servicio, una vez adjudicado y no para licitar, añadiendo que esto podría tenerse como cosa juzgada por el TACPA en su Acuerdo 52/2013. De otro modo, ello implicaría que los pliegos incurren en infracción del artículo 78, en relación con el artículo 74 del TRLCSP. Es claro que el PCAP incluye tal autorización entre los criterios de selección, y no como requisito para concurrir a la licitación. Ni el artículo 78, ni el artículo 74, hablan de autorización, licencia o concesión previa, siendo el mismo TACPA el que lo dice en el Acuerdo nº 52/2013, de suerte que cabe concluir que no son los Pliegos, sino la Mesa de Contratación la que incurre en error al interpretarlos, exigiendo como requisito para la licitación dicha autorización. Por tal motivo, considera que estamos ante un error subsanable, no concurriendo el supuesto previsto en el artículo 155 para el desistimiento.

Por otro lado, alega desviación de poder, pues, obligada la Administración por el TACPA a admitir como licitador a la recurrente, pretende aprovechar su propio error en la calificación del contrato, para desistir del proceso de licitación.

La decisión de la Administración de desistir se basa en error en la calificación del contrato, puesta de manifiesto por el TACPA, en su Acuerdo 52/2013: como se trata de un contrato de servicio y no de gestión de servicio público, ello hace, a criterio de la Administración, que el diferente régimen jurídico de uno y otro, imponga modificaciones en las condiciones sobre publicidad y solvencia de los licitadores, haciendo que concurran defectos insubsanables que fundan la decisión de desistimiento. Frente a ello reacciona la recurrente, alegando que, en primer lugar, la diferente clasificación del contrato no hace variar las exigencias de publicidad aplicables. Son las mismas en ambos casos, porque el presente contrato no está sujeto a regulación armonizada. Tampoco una diferente calificación del contrato hacía exigible la clasificación del empresario para acceder al proceso de licitación; en realidad es que no se exigía tal clasificación en ningún caso. Por ello concluye en que no existe infracción alguna de normas de preparación del contrato o reguladora del proceso de adjudicación que sea insubsanable, para justificar el desistimiento en la contratación. Lo que se persigue con el desistimiento, en realidad, es no ejecutar el Acuerdo 52/2013 del TACPA, incurriendo en desviación de poder.

Añade que, conforme al artículo 155 del TRLCSP, no cabe desistimiento porque ha habido propuesta de adjudicación. En fin, entiende que el TACPA, en el Acuerdo impugnado, resuelve, tomando como motivación



del acto impugnado, la resultante de un informe del SALUD que no forma parte en realidad el expediente administrativo que finaliza en el acto impugnado -el desistimiento de la Administración-, sino que forma parte del expediente de recurso especial, del que no recibió traslado para alegaciones. No ha podido ser objeto de contradicción por su parte, de suerte que la tramitación del TACPA le ha causado indefensión.

SEGUNDO.- Se opone el Letrado del Gobierno de Aragón a la pretensión de la actora e interesa finalmente la desestimación del recurso, alegando, en primer lugar, que hubo propuesta de adjudicación, no adjudicación y es aquella la que precisamente fue anulada por el TACPA y, previamente, suspendida. En segundo lugar, el propio Acuerdo nº 52/2013 del TACPA dice que se incluye la autorización en el PCAP como requisito de solvencia técnica, en vulneración de lo dispuesto en el artículo 78 del TRLCSP, razón por la cual se anula la propuesta de adjudicación de la Mesa de contratación. En definitiva, no es un problema de interpretación errónea de los Pliegos por la Mesa de Contratación, sino de defectos insubsanables en que incurren los Pliegos. Por ello en ejecución del Acuerdo del TACPA nº 52/2013, se desiste de la contratación y, por ello, no cabe apreciar desviación de poder.

La representación procesal de la entidad codemandada, el hospital San Juan de Dios de esta ciudad de Zaragoza, alegó en primer lugar, inadmisibilidad por falta de capacidad procesal -artículo 45.2 d)- al no constar acuerdo societario de la actora, que manifieste la voluntad de la misma en la interposición del presente recurso contencioso. En cuanto al fondo, alega que los Pliegos exigían una solvencia técnica no ajustada al TRLCSP, llegando a conclusiones de similar factura a las expuestas por la Administración demandada.

TERCERO .- Atendidos los términos del debate, habremos de descartar, en primer lugar, la concurrencia de causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo interpuesto, prevista en el artículo 45.2 d) de la LJCA , en los términos en que fue alegada por la representación procesal de la entidad codemandada, HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS DE ZARAGOZA.

Y es que consta en autos documental, por la cual se acredita, conforme a los estatutos sociales de la entidad recurrente, la capacidad procesal del administrador único de la entidad AVERICUM, S.L.U., para acordar la interposición del recurso que ahora se ventila, y el acuerdo del órgano social competente para la interposición del mismo, frente al concreto acto administrativo impugnado. Por consiguiente, la causa de inadmisibilidad alegada debe ser rechazada, procediendo entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión planteada.

CUARTO.- En primer lugar, y ya entrando en el fondo de la litis, diremos que no compartimos la tesis de la entidad recurrente, cuando viene a sostener que, al resolver el TACPA a partir de una documental, en concreto el informe del SALUD al recurso especial, que, por consiguiente, estaba fuera del expediente administrativo que finalizó con la resolución de desistimiento contractual, se le ha generado indefensión porque no fue sometido a contradicción. En el fondo, viene a alegar que, en realidad el TACPA está resolviendo sobre cuestiones no planteadas en el recurso y, en definitiva, apreciando motivos de nulidad no alegados por el recurrente, dado que en todo momento los términos del debate se centraron en la existencia o no de defectos insubsanables, presupuesto del desistimiento, derivados de una incorrecta clasificación contractual por la Administración, que en realidad fueron descartados por el TACPA en el Acuerdo impugnado.

Lo que ocurre es que esto no es exactamente así y, pese al tenor literal del Acuerdo del TACPA, cuando se refiere a la concurrencia de un defecto insubsanable, y por lo tanto causa suficiente para el desistimiento, "no bien expuesta" en la resolución impugnada, en el fundamento de derecho quinto del Acuerdo impugnado, y la confusión -sólo aparente- con lo que previamente acaba de decir en el fundamento de derecho cuarto, por referencia a lo resuelto en su Acuerdo 52/2013, debe decirse que el párrafo transcrito en el Acuerdo del TACPA ahora impugnado en su fundamento quinto, no difiere en su significado, ni, previamente, en su literalidad, de lo que se dice en la propia resolución administrativa impugnada de 30 de diciembre de 2013, cuando en el fundamento cuarto, párrafos segundo y tercero se dice que si se interpreta el Acuerdo 52/2013 del TACPA, en el sentido de anular la exigencia de autorización administrativa, ello supone la modificación de los requisitos de solvencia del contrato, colocando en la tesitura a la Administración de tener que dar oportunidad a empresas a participar en el procedimiento de licitación; de ello concluye la Administración ya en su resolución de 30 de diciembre de 2013 que "nos encontramos por tanto ante un contrato en cuya fase de preparación se ha incurrido en un error imposible de subsanar, que ha podido dar lugar a una vulneración del principio de concurrencia...".

En definitiva, se dice lo mismo en la Resolución administrativa de desistimiento contractual, que en el informe al recurso especial al que hace referencia el Acuerdo del TACPA ahora impugnado.

Y decíamos que la confusión a que parece inducir al recurrente ahora el tenor literal del fundamento cuarto, en relación con el quinto, del Acuerdo 11/2014 del TACPA, objeto de recurso, que se refleja en la tesis sostenida por la entidad recurrente que ahora nosotros descartamos, es meramente aparente, pues en el fundamento de derecho cuarto del Acuerdo impugnado, al evocar el Acuerdo anterior 52/2013, lo que dice es que, no se puede excluir a ningún licitador del proceso contractual, por ausencia de autorización administrativa, y no



que estemos ante una interpretación *contra legem* de una cláusula del PCAP. Lo que se deduce del texto del Acuerdo es que, se considere como una errónea interpretación de la Mesa de Contratación del Pliegos, o como una cláusula *contra legem*, ello no es definitivo a la hora de excluir a un licitador del proceso. De una o de otra manera, no cabe excluir a ningún licitador por ese motivo.

QUINTO.- De lo que la Sala no ha tenido duda alguna, al examinar los Pliegos del contrato, es de que estos, en la cláusula 2.2.4.1.5º del PCAP, por remisión luego al ANEXO II de las mismas, está exigiendo al licitador disponer de la autorización administrativa al tiempo de cumplimentar la documentación que debe aportar en el sobre nº 1. Se indica la documentación que debe acompañarse o incluirse en el sobre nº 1, se refiere al licitador, no al adjudicatario y, aunque habla en tiempo verbal futuro, es el mismo tiempo que se emplea en y para el resto de los requisitos exigidos, indicando, claramente el futuro cumplimiento de los mismos, referido al momento de la presentación de la documentación exigida para acceder al concurso. Se están indicando las pautas y reglas de desarrollo de un proceso concursal que necesariamente ha de ser posterior. No está refiriendo al momento de la adjudicación, el cumplimiento de un requisito que se exige al licitador para poder participar en el proceso.

Ello hace que debamos concluir en que no es un problema de interpretación *contra legem* por la Mesa del PCAP, que devendría imposible porque resultaría contraria al artículo 78 del TRLACP, sino que en realidad lo que ocurre es que el Pliego de Cláusulas incumple, vulnera dicho precepto.

Ello hace, como bien viene a razonar el TACPA, y antes la Administración contratante, que se incurra en defecto insubsanable que, finalmente, justifica el desistimiento contractual.

En fin, dicho lo anterior, la alegación de la recurrente relativa a que no es posible el desistimiento porque ha habido previa adjudicación, tampoco puede ser compartida, siendo suficiente con decir ahora que la anulación de la exclusión de la licitación de la entidad ahora recurrente en el Acuerdo 52/2013, imponiendo su readmisión, determinaba necesariamente, como dijo también el TACPA, la retroacción de lo actuado a ese momento, quedando invalidado todo el proceso posterior seguido. La nulidad de la exclusión, necesariamente, supone la nulidad de todo lo posterior indebidamente realizado.

Nada cabe añadir a lo dicho hasta ahora como fundamento desestimatorio también de la alegación mantenida por la entidad recurrente sobre la concurrencia de desviación de poder en la actuación administrativa impugnada, pues no hay mejor razón para descartarla que declarar la corrección y ajuste a Derecho del acto administrativo impugnado.

Todo lo anterior, determina la desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

SEXTO.- La íntegra desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, determina que, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA, deba hacerse expresa condena en las costas de esta instancia a la Entidad recurrente, si bien que, en uso de la facultad que confiere el apartado tercero de dicho artículo, proceda limitarlas, por todos los conceptos y por cada una de las partes, actora y las que se hubieran opuesto, en su caso, al recurso, a la suma de 1.500 Euros.

Por todo lo cual,

F A L LAMOS

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS**, el recurso contencioso-administrativo nº 85/2014, interpuesto por la representación procesal de la Entidad AVERICUM, S.L.U., contra el Acuerdo del Tribunal Administrativo Especial de Contratos Públicos de Aragón impugnado, todo ello con expresa condena en costas a la entidad demandante, en los términos y extensión que se contiene en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.