



Roj: **STSJ AR 1824/2015 - ECLI: ES:TSJAR:2015:1824**

Id Cendoj: **50297330012015100539**

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

Sede: **Zaragoza**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2015**

Nº de Recurso: **271/2013**

Nº de Resolución: **679/2015**

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 271 del año 2013-

SENTENCIA: 00679/2015

SENTENCIA NÚM. 679 de 2015

ILMOS. SEÑORES

PRESIDENTE

Don Juan Carlos Zapata Híjar

MAGISTRADOS

D. Jesús María Arias Juana

Doña Isabel Zarzuela Ballester

Don Juan José Carbonero Redondo

En Zaragoza, a 11 de diciembre de dos mil quince.

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 271 de 2013, seguido entre partes; como demandante, **DIPUTACIÓN GENERAL DE ARAGÓN**, que comparece representada y asistida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos; y como demandadas, la entidad **UTE VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L.**, representada por Procuradora Dña. Pilar Baigorri Cornago y asistida de Letrado D. Carlos Bosque García, según los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Letrada de la Comunidad Autónoma de Aragón, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de 2 de diciembre de 2013, interpuso recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por la entidad VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado "Gestión Integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza", promovido por el Instituto Aragonés de Servicios Sociales. 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,



se estime el recurso interpuesto y declare nulo y no conforme a derecho el acto impugnado, con todas las consecuencias legales inherentes a tal declaración, declarando la validez de la adjudicación del contrato recaída en la entidad "Aralia Servicios Sociosanitarios, S.A.", así como del contrato formalizado entre el IASS y empresa, o subsidiariamente, se retrotraigan las actuaciones del expediente de contratación al momento anterior a la calificación del contrato para que se licite como un contrato de servicios.

SEGUNDO.- Se dio traslado a la entidad demandada, UTE VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L., de la demanda para contestación. Evacuado traslado, la precitada entidad, mediante su representación procesal, 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 el recurso interpuesto, confirmando en todos sus extremos las resoluciones objeto de impugnación, con imposición de costas a la demandante.

TERCERO .- No solicitado el recibimiento del pleito a prueba, ni trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado, 25 de noviembre de 2015.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La Letrada del Gobierno de Aragón, impugna el antedicho Acuerdo del TACPA, alegando, en esencia, la incompetencia objetiva del citado Tribunal para conocer y resolver sobre el recurso interpuesto; más bien la inviabilidad del recurso especial interpuesto, habida cuenta el contrato en cuestión no se encuentra dentro de los fijados *ex lege* como susceptibles de recurso especial en materia de contratos, pues, a criterio de la recurrente, se trata de un contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión -en el que no concurren los requisitos previstos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP- y no, como lo califica previamente el Tribunal, un contrato de servicios. Llama la atención la Administración recurrente sobre el hecho de que los pliegos del contrato, que no han sido impugnados, califican el contrato como contrato de gestión de servicio público y no como contrato de servicios. En segundo lugar, alega falta de congruencia del Acuerdo impugnado, pues, entiende que si se incurre en vicio de nulidad o anulabilidad, la retroacción de las actuaciones ordenada por el Tribunal lo debería haber sido al momento inmediatamente anterior al vicio producido, que ubica la recurrente en el momento de la elaboración de los pliegos de condiciones o el momento de iniciación del expediente de contratación, pues, partiendo de la tesis del Tribunal administrativo que no comparte, debería haberse licitado como contrato de servicios; en tercer lugar, alega que no ha existido vulneración de la normativa de contratación pública por el órgano de contratación, siendo que el expediente administrativo ha sido tramitado correctamente y no se ha prescindido totalmente de los trámites del procedimiento.

La entidad demandada, a través de su representación procesal, formuló oposición al recurso interpuesto, sosteniendo la adecuada calificación jurídica del contrato en cuestión por parte del TACPA: estamos ante un contrato de servicios porque no ha existido transmisión de riesgo en la prestación del servicio al adjudicatario. Por otra parte, debe exigirse una especial motivación en supuestos como el presente en que, obrando informes técnicos que evidencian la existencia de proposiciones que constituyen baja desproporcionada, finalmente termina por adjudicarse el contrato a la misma.

SEGUNDO .- Conviene tener en cuenta, analizando la primera de las cuestiones que plantea la Administración recurrente, que entra dentro de la función y potestad del Tribunal, examinar el contenido y alcance del contrato que se somete a su examen y resolución, en orden a la apreciación de su propia competencia para el conocimiento del recurso que se interpone, sin que, a tales efectos, haya de estar vinculado ni por la denominación que se haya querido dar al contrato, ni por la actitud procesal de las partes frente o respecto a los Pliegos. Efectivamente, a efectos de apreciación de su propia competencia, el Tribunal deberá analizar, en primer lugar, la naturaleza y contenido del contrato, para, en función del mismo, y no de su denominación, determinar aquélla, pues, debe advertirse que, en cualquier caso los contratos no son lo que las partes pretenden o hayan querido denominar, sino que se definen por su contenido y correspondiente ajuste a alguno de los tipos contractuales definidos en la Ley, definición y tipo que habrá de marcar un régimen jurídico u otro. Cuestión ésta de orden jurídico-procesal que no puede verse constreñida por la circunstancia, cierta, de la ausencia de impugnación en su día de unos pliegos que calificaban el contrato como de gestión de servicio público. No obstante, debe advertirse constaba en el cuadro resumen del Pliego de Clausulas Administrativas Particulares, atendida la numeración CPV, la adscripción del mismo al número 25 del Anexo II del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como variedad de contrato de servicios, en relación con el artículo 10 del citado texto legal .

Como quiera que el motivo principal de discusión de la potestad de calificación del contrato por el Tribunal Administrativo de Contratos aragonés, se basa en lo ya dicho, es inútil ya la segunda parte de la alegación de la



Administración demandante, cuando viene a indicar que el contrato no reuniría los requisitos que establece el artículo 40.1 c), respecto de los contratos de gestión de servicios, determinantes aquellos de la competencia del Tribunal de Contratos en tanto que susceptibles de recurso especial, poniendo fin a la controversia en este capítulo, habida cuenta que la Administración demandante en realidad no entra a discutir la razón y fundamento de la calificación concreta que realiza el Tribunal Administrativo para fundar su competencia. En definitiva, la Administración demandante no dice que la calificación realizada sea incorrecta, sino que el Tribunal de Contratos no debió efectuarla y la Sala ahora no comparte, como se ha visto, esta tesis.

En cualquier caso, debe advertirse que, con independencia de lo anterior y de que aparezca en los Pliegos calificado el contrato como de gestión de servicio público, debemos ahora mantener la calificación que previamente ha realizado el TACPA y ello por cuanto que, la contrapartida a la prestación comprometida por la adjudicataria del contrato es abonada directamente por la entidad adjudicadora, con independencia de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación, debiendo tener en cuenta la circunstancia de que el precio -según se desprende de la cláusula particular 2.1.5- debe incluir la totalidad de los gastos que se originen para el adjudicatario como consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contempladas en el pliego, esto es, que la contratista que finalmente resulta adjudicataria, ha debido realizar la correspondiente estimación, a los efectos de determinación de un precio fijo que, en todo caso, percibirá, teniendo en cuenta que como se dice en la STJUE de 10 de noviembre de 2011 C-348/2010 , parágrafo 49 "*los riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler)*". Por otra parte, es la Administración contratante quien define el modo y forma de prestación del servicio. Es la Administración contratante también quien determina el número de plazas que se han de prestar. Todo ello sin perjuicio de que determinados riesgos derivados de la prestación del servicio que se adjudica deban correr por cuenta del prestador, como en el presente caso, como el derivado de la cláusula particular 2.6.3.1 d), que impone el deber de indemnizar los daños a terceros a consecuencia de operaciones derivadas de la prestación del servicio que obedezcan a causas no imputables a la Administración.

En definitiva, de existir cierta transferencia de riesgo al adjudicatario, al prestador del servicio, desde luego, éste no va a suponer una exposición efectiva a las incertidumbres del mercado (STJUE de 10 de marzo de 2011, asunto Privater antes citada). En definitiva, no se acierta a comprobar que ha existido una transferencia significativa de riesgo, o una transferencia de parte significativa del riesgo que implica la prestación del servicio en el presente supuesto.

TERCERO.- Así las cosas, despejada la anterior cuestión, el fondo de la controversia se centra en determinar si el Tribunal incurre en incongruencia por haberse limitado a anular el acto de adjudicación de un contrato que al que previamente ha asignado una diferente calificación jurídica, merecedora según la Administración demandante de una resolución que hubiera impuesto la retroacción de las actuaciones administrativas, en orden a la aprobación de nuevos pliegos conforme a la adecuada calificación jurídica del mismo y, en segundo lugar, si ha existido o no vulneración de las normas esenciales de procedimiento, descartando, en su caso, la concurrencia de la causa de nulidad prevista en el artículo 62.1 e) de la LPAC .

Pues bien, no debe entenderse que existe en esta controversia un problema de inadecuada tramitación del expediente de contratación, derivada de una diferente calificación jurídica del contrato, cuyo único objetivo por otra parte fue la determinación de la competencia del Tribunal administrativo ante el que se interpone un recurso especial. Podría haberse planteado un problema de incongruencia en la resolución impugnada si la calificación jurídica del contrato, desde el punto de vista adjetivo, relativo a los contenidos del expediente, hubiera introducido diferencias de tramitación que hubieran podido dar lugar a diferente resultado de aquél al que se llega mediante la resolución impugnada, potencialmente afectantes a terceros que hubieran podido concurrir al proceso de contratación, cosa que la Administración no aborda ni siquiera en términos especulativos, más allá de una alusión a una diferente tramitación del expediente y concepción del contrato "con todas sus consecuencias", viene a decir.

En realidad, la cuestión principal es que la Administración resuelve a favor de una oferta o propuesta previamente declarada baja desproporcionada, haciendo suya una propuesta de la Mesa de contratación, tras el correspondiente informe del licitador declarado en tal situación y con informes técnicos posteriores en contra, que, si bien no son vinculantes, sin embargo obligan e imponen al órgano de contratación, que no a la Mesa, un deber cualificado de motivación de la resolución que se alcanza cuando, pese a tales informes técnicos desfavorables se adjudica un contrato a favor de una proposición u oferta previamente declarada como baja desproporcionada. Y es, o se trata, de un deber cualificado de motivación no frente a un informe interno que no vincula, sino frente a todos cuantos intervienen en el expediente, tanto frente al que resulta



adjudicatario, como también frente a quienes finalmente no lo fueron, precisamente, porque estos tienen el derecho, al menos, de conocer las razones del órgano de contratación que sustentan la adjudicación efectuada, cuando previamente sus propios órganos técnicos han informado en contra, sin que sea suficiente una suerte de motivación "in aliunde", por referencia a una propuesta de un órgano que no tiene, es evidente, potestad decisoria alguna, y menos cuando se limita a concluir que el informe de sus propios técnicos, de los propios técnicos de la Administración, no alcanza a desvirtuar las razones ofrecidas por la adjudicataria a quien se señala en su oferta previa como baja desproporcionada.

No es, por consiguiente, un problema de quebrantamiento de trámites esenciales del procedimiento administrativo, sino de falta de motivación en realidad, lo que sustenta el desenlace de la resolución administrativa impugnada, desenlace que la Sala ahora hace suyo, con base en los propios fundamentos de la misma, al que añadimos ahora los antedichos nuestros.

Por consiguiente, el recurso debe ser desestimado.

CUARTO.- La íntegra desestimación del recurso contencioso-administrativo interpuesto, determina que, conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA, deba hacer expresa condena en las costas de esta instancia a la Administración demandante, 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 L A M O S

Que **DEBEMOS DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS ÍNTEGRAMENTE** el recurso contencioso-administrativo número 271 del año 2013, interpuesto por la Letrada del Gobierno de Aragón, contra el Acuerdo 55/2013, de 1 de octubre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por la entidad VALORIZA SERVICIOS A LA DEPENDENCIA, S.L. contra la resolución por la que se adjudica el contrato denominado "Gestión Integral del Hogar y Centro de Día de mayores Luis Aula de Zaragoza", todo ello con expresa condena en costas a la Administración demandante en los términos y con el alcance previsto 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.