



Roj: **STS 307/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:307**

Id Cendoj: **28079130072014100022**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **7**

Fecha: **13/01/2014**

Nº de Recurso: **345/2012**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 345/2012, interpuesto, de una parte, por el GOBIERNO DE CANARIAS, representado por el letrado de su Servicio Jurídico, y, de otra, por la mercantil GESTIÓN DE SERVICIOS PARA LA SALUD Y LA SEGURIDAD EN CANARIAS, S.A., representada por la procuradora doña Flora Toledo Hontiyuelo, contra la sentencia nº 362, dictada el 29 de julio de 2011 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, recaída en el recurso nº 231/2009, promovido contra el anuncio de 31 de julio de 2008, convocando concurso público, procedimiento abierto y trámite ordinario, para la contratación de empresa para la prestación del servicio de transporte sanitario terrestre mediante ambulancias de soporte vital básico, de soporte vital avanzado y sanitizadas para las islas de Gran Canaria y Tenerife. Servicio cuyo plazo de ejecución finaliza el 31 de diciembre de 2013.

Se ha personado, como recurrida, la mercantil AEROMÉDICA CANARIA, S.L., representada por el procurador don Daniel Bufala Balmaseda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 231/2009, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, el 29 de julio de 2011 se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

1º.- *Estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad "Aeroméctica Canaria, S.L.", contra la Orden de 5 de febrero de 2009, dictada por la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias; acto que anulamos por ser contrario a Derecho.*

2º.- *Declarar nulo el procedimiento de contratación a que dicha Orden se refiere.*

3º.- *Declarar nulo el contrato suscrito con ISCAN, con las consecuencias de toda índole legalmente inherentes a este pronunciamiento.*

4º.- *No imponer las costas del recurso".*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia anunciaron recurso de casación, de una parte, el letrado del Servicio Jurídico del Servicio Canario de la Salud del Gobierno de Canarias, y, de otra, la mercantil Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S. A., que la Sala de Las Palmas de Gran Canaria tuvo por preparado por diligencia de ordenación de 18 de enero de 2012, acordando el emplazamiento a las partes y la remisión de las actuaciones a este Tribunal Supremo.



TERCERO.- Por escrito presentado el 9 de marzo de 2012, la procuradora doña Flora Toledo Hontiyuelo, en representación de Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S.A., interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que

"(...) previos los trámites legales oportunos, dicte en su día Sentencia que case y anule la citada Sentencia de 29 de julio de 2011 y dicte otra en su lugar por la que desestime el recurso interpuesto por la mercantil AEROMEDICA CANARIA, S.L., con imposición de costas a la parte contraria".

Por su parte, el letrado del Servicio Jurídico del Servicio Canario de la Salud del Gobierno de Canarias formalizó el suyo por escrito registrado el 23 de abril de 2012 en el que pidió a la Sala que

"(...) tras sus trámites, proceda a estimar el recurso de Casación, decretar la nulidad de la Resolución impugnada, con la desestimación de la demanda".

CUARTO.- Admitido a trámite, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, de conformidad con las reglas de reparto de asuntos y, por diligencia de ordenación de 19 de junio de 2012, se dio traslado de los escritos de interposición a la parte recurrida para que formalizara su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el procurador don Daniel Bufala Balmaseda, en representación de Aeromédica Canaria, Sociedad Limitada, formuló su oposición a ambos recursos por escrito presentado el 3 de septiembre de 2012 en el que pidió su desestimación y la condena en costas a los recurrentes.

SEXTO.- Mediante providencia de 19 de noviembre de 2013 se señaló para la votación y fallo el día 8 de los corrientes, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **Pablo Lucas Murillo de la Cueva**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La oferta presentada por AEROMÉDICA CANARIA, S.L. (AEROMÉDICA) en el concurso abierto y seguido por el procedimiento ordinario, convocado por GESTIÓN DE SERVICIOS PARA LA SALUD Y LA SEGURIDAD EN CANARIAS, S.A. (GSC) para la prestación del servicio de transporte sanitario terrestre mediante ambulancias de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado y ambulancias sanitizadas en las islas de Gran Canaria y de Tenerife, lote 1, zona 1 (Boletín Oficial de Canarias nº 167, de 21 de agosto de 2008), quedó en tercer lugar.

Alcanzó, en efecto, 90,83 puntos pero fue superada por las presentadas por ISCAN. TRANSPORTES SOCIOSANITARIOS, S.L. (ISCAN) y por TRANSPORTES AÉREOS SANITARIOS ISLEÑOS, S.A. (TASISA), primera y segunda en puntuación con 93,76 puntos y 93,50 puntos, respectivamente. En consecuencia, la mesa de contratación acordó la adjudicación provisional del contrato correspondiente a ISCAN.

AEROMÉDICA interpuso el recurso especial previsto por el artículo 310 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el cual fue desestimado por la Orden de la Consejería de Sanidad de 5 de febrero de 2009. Y contra ella presentó el recurso contencioso-administrativo que fue estimado por la Sala de Las Palmas de Gran Canaria.

La sentencia ahora impugnada en casación recoge los requisitos exigidos a los concursantes y detalla el procedimiento que se había de seguir y los criterios de adjudicación. También da cuenta de las pretensiones expresadas en la demanda: (i) la anulación de la Orden y la retroacción de las actuaciones al acto de apertura del sobre primero y, al tiempo, la exclusión de ISCAN y de TASISA; (ii) la declaración de invalidez del contrato formalizado entre GSC e ISCAN; y (iii) la condena en costas a GSC y a los eventuales codemandados para el caso de que se opusieran a la demanda.

Además, la sentencia deja constancia de las razones por las que AEROMÉDICA sostenía esas pretensiones.

Así, respecto de ISCAN, afirmaba que carecía de la solvencia económica o financiera y de capacidad técnica o profesional y de capacidad de obrar respecto de la actividad objeto del contrato. Y de la oferta económica de TASISA decía que vulneraba los principios de igualdad de trato y libre competencia y entrañaba fraude de Ley pues contenía unos valores anormales o desproporcionados.

Conclusas las actuaciones y antes de deliberar y decidir el recurso, la Sala de Las Palmas de Gran Canaria, conforme al artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción, sometió a las partes la cuestión de si era exigible el requisito de que los licitadores estuvieran clasificados tal como prescribe el artículo 54.1 de la Ley 30/2007 para los contratos de servicios de cuantía superior a 120.000 €, como era el caso, pues la adjudicación se produjo por 19.274.332,44 €. Y, concluso el plazo dado para alegaciones, falló estimando el recurso de AEROMÉDICA en los términos que hemos recogido en los antecedentes.

Los argumentos que llevan a ese pronunciamiento son los siguientes:

"Sin desbordar el límite de la congruencia debida --en cuanto se ha observado lo dispuesto en el artículo 33.2 LJCA --, ateniéndonos a los hechos alegados y pretensiones formuladas, la Sala se ve ineluctablemente forzada a utilizar en el enjuiciamiento del caso la libertad argumentativa de que le dota el principio "iura novit curia" para resolver, con la precisión jurídica exigible, el litigio planteado.

Como bien dice la (...) actora, el artículo 32 de la Ley 30/2007 (...), establece en su apartado b), como una de las causas de nulidad de derecho administrativo, "la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario".

En lo que concierne a la solvencia, el artículo 51.1 del mismo texto dispone:

"Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Este requisito será sustituido por el de la clasificación, cuando ésta sea exigible conforme a lo dispuesto en esta Ley".

Precepto, el anterior, que ha de ponerse en relación:

A) Con el del artículo 43.1, a cuyo tenor:

"Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas".

B) Con el del artículo 54.1, según el cual:

"1. Para contratar con las Administraciones Públicas la ejecución de contratos de obras de importe igual o superior a 350.000 euros, o de contratos de servicios por presupuesto igual o superior a 120.000 euros, será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado. Sin embargo, no será necesaria clasificación para celebrar contratos de servicios comprendidos en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II".

Sobre la naturaleza del contrato litigioso --cuyo presupuesto supera con creces la suma de 120.000 euros-- nos recuerdan las "Bases de concurrencia" --epígrafe I "DISPOSICIONES GENERALES", ap. 1. "OBJETO"-- que "El objeto de este documento es la fijación de las condiciones contractuales básicas que han de regir en el/ los contrato/s que GSC, celebre con terceros para la prestación del servicio de transporte sanitario mediante ambulancias de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado, ambulancias sanitizadas, ambulancias de traslado y vehículos de transporte sanitario colectivo (con o sin camillero), a los usuarios que, conforme a lo dispuesto en el artículo 5 y siguientes de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, tengan derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Canario de Salud. La contratación se fracciona en lotes que se detallan en las prescripciones técnicas, constituyendo el objeto de cada lote una unidad funcional susceptible de realización independiente. Dicho objeto corresponde al código 60113300-6, servicio de transporte de pacientes, de la nomenclatura de Vocabulario Común de Contratos (CPV) de la Comisión Europea, recogido en la categoría 2 'servicios de transporte por vía terrestre, incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto el transporte de correo' del Anexo II de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público".

Así pues, según las propias bases del concurso, tenemos que el contrato impugnado tiene por objeto la prestación de servicios y que dicho objeto corresponde a la categoría 2 de las recogidas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público. Además, según leemos en otro lugar de las bases, el presupuesto del contrato supera con creces la suma de 120.000 euros.

Luego, con expreso rechazo del distingo que, para evitar las consecuencias del incumplimiento del requisito de la clasificación han introducido las demandadas al evacuar el trámite del artículo 33.2 LJCA, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.1 de la Ley 30/2007, era requisito imprescindible para contratar con la Administración sanitaria canaria que el empresario se hallase debidamente clasificado. Y no lo estaba, según resulta del expediente administrativo; sin que conste se haya adoptado el excepcional acuerdo de exención a que se refiere el artículo 55.2 de la repetida Ley.

Como consecuencia de lo expuesto ha de concluirse, asumiendo la tesis de la recurrente, que la entidad adjudicataria no ha acreditado la solvencia --en ninguno de sus aspectos-- indispensable para contratar.

Sin que a la anterior conclusión quepa oponer que las bases del concurso no exigen la clasificación del empresario, pues lo que ello trae consigo es la nulidad radical de tales condiciones rectoras (artículo 32. b), en relación con el artículo 51, LCSP), al vulnerar abiertamente la Ley de Contratos del Sector Público, que no



respeta en materia tan relevante como la de garantizar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional de los empresarios con los que la Administración se propone contratar la gestión de un servicio público más que esencial.

TERCERO.- Las consecuencias legales de todo lo anterior vienen expresamente señaladas en el artículo 35 de la Ley de repetida cita (en su versión original, aplicable al caso "rationae temporis"):

"La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación provisional o definitiva, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido."

No ignora la Sala que podría aceptarse más de una solución a la hora de conciliar esta previsión legal con las concretas pretensiones de la entidad actora, tal y como vienen delimitadas en el suplico de la demanda. Pero, a juicio de este Tribunal, la necesidad de preservar la congruencia interna de esta sentencia, así como elementales razones de orden práctico, aconsejan adecuar el fallo al contenido del artículo 35 LCSP.

En este sentido ha de recordarse que, según reiterada doctrina del TC, "el juzgador sólo está vinculado por la esencia y sustancia de lo pedido y discutido en el pleito, no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formuladas por los litigantes, de forma que no existirá incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una de ellas que, aun cuando no fuera formal y expresamente ejercitada, estuviera implícita o fuera consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso".

Y con ello sobra ya todo pronunciamiento respecto de las pretensiones relativas a Tasisa".

SEGUNDO.- Los motivos de casación que ha interpuesto contra esta sentencia GSC, se amparan los dos primeros en el apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción y el tercero en su apartado c). Consisten, en resumen, en lo que sigue.

(1º) Sostiene, en primer lugar, que infringe los artículos 51 y 54.1 en relación con el artículo 3, todos de la Ley 30/2007. Explica la recurrente que la exigencia de estar clasificado para celebrar un contrato de servicios de cuantía superior a 120.000 € la impone la Ley para los de las Administraciones Públicas pero GSC, según ese artículo 3 no es Administración Pública y, por eso, no le es aplicable el apartado 1 del artículo 54 sino el 5, el cual convierte en facultativa la exigencia de clasificación cuando se trate de contratos con entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública, que es lo que sucede en este caso. En efecto, GSC es una sociedad anónima de capital público, dependiente de las Consejerías de Sanidad y de Presidencia, Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias. Es decir, pertenece, según el artículo 3.2 de la Ley 30/2007, al sector público pero no es, a los efectos de ese texto legal, Administración. Como no consta que GSC exigiera a los contratistas estar debidamente clasificados, no es causa de nulidad el hecho de que ISCAN no lo estuviera.

(2º) A continuación, GSC mantiene que la sentencia vulnera el artículo 54.5 en relación con el artículo 3 de esa Ley 30/2007 por considerar que GSC tiene carácter de Administración Pública y que tienen como requisito indispensable al que la Ley tiene por potestativo. Y resulta que GSC es una entidad de Derecho Privado, una sociedad mercantil. Además, el hecho de que preste su colaboración a la Consejería de Sanidad no supone que su naturaleza sea la misma. Sobre el carácter potestativo de la exigencia de clasificación cuando quienes contratan son entidades del sector público pero no Administraciones, invoca la Instrucción 1/2008, de 5 de febrero de la Abogacía General del Estado, la Recomendación 1/2008, de 10 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón y el Informe 9/2008, de 10 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid.

(3º) Por último, GSC afirma que la sentencia infringe el artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción en relación con el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil porque (i) se aparta totalmente de lo alegado por las partes; (ii) no establece los criterios o motivos por los cuales rechaza las alegaciones que la parte demandada presentó en el trámite previsto por el artículo 33.2; y (iii) decide sobre cuestiones que nunca fueron solicitadas por las partes dejando, en cambio, imprejuizadas las que sí adujeron. En definitiva, la sentencia no es, para GSC, congruente. E insiste en que en sus alegaciones en el trámite abierto por la Sala de instancia ya puso de manifiesto que no es Administración Pública. Sin embargo, resalta, la sentencia no explica las razones por las que no atiende las consideraciones que se expusieron sobre la inexistencia, en este caso, del requisito de la clasificación del contratista. Por tanto, además, de incongruente por omisión, la sentencia carece de la necesaria motivación. Asimismo, incurre en incongruencia por exceso porque la demanda de AEROMÉDICA no cuestionaba la validez del procedimiento de contratación sino la falta de capacidad de algunos licitadores y la validez del contrato adjudicado a ISCAN. Por eso, recuerda, pidió la anulación del acto de adjudicación provisional y del contrato



suscrito con ISCAN y la retroacción de las actuaciones al momento de la apertura de los sobres con exclusión de ISCAN y de TASISA. En cambio, la sentencia declara la nulidad de todo el procedimiento.

TERCERO .- Por su parte el Gobierno de Canarias ha interpuesto estos motivos que, también, resumimos.

(1º) La sentencia no es congruente, por lo que infringe el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En efecto, va más allá de lo pedido por GSC que no solicitó en ningún momento la nulidad de todo el procedimiento de contratación. Motivo éste que interpone conforme al apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción .

(2º) También interpuesto del mismo modo, en el segundo motivo sostiene el Gobierno de Canarias que la sentencia adolece de la necesaria motivación por lo que infringe nuevamente el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con el artículo 24 de la Constitución , pues rechaza los argumentos que las demandadas hicieron valer en el trámite del artículo 33 de la Ley de la Jurisdicción sin explicar por qué.

(3º) Interpuesto al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción , este motivo mantiene que la sentencia infringe por indebida aplicación el artículo 54.1 y, por no haberlos aplicado, los artículos 54.5 y 4 n), en relación con los artículos 3.1 d), 3.2 y 3.5 b), todos de la Ley 30/2007 .

CUARTO.- En su escrito de oposición AEROMÉDICA rechaza conjuntamente los motivos de casación de GSC y del Gobierno de Canarias.

Así, nos dice, en primer lugar, que la sentencia no es incongruente. Observa que las recurrentes pasan por alto que la Sala de Las Palmas de Gran Canaria dio audiencia a las partes sobre el requisito de la clasificación del contratista y que la demanda cuestionó la solvencia de ISCAN y, el requisito de la clasificación se inscribe, precisamente, añade, en el contexto de la solvencia del contratista de manera que el motivo así incluido guarda íntima relación con el propuesto por la demanda.

A continuación, sobre la denunciada falta de motivación y sobre la indebida aplicación del artículo 54.1 e indebida inaplicación del apartado 5 de este último precepto, AEROMÉDICA afirma que la sentencia sí está motivada y que no vulnera esos preceptos pues aplica correctamente los que eran procedentes ya que quien contrataba era, en realidad, la Administración sanitaria canaria y no una simple entidad de Derecho Privado. Apunta a este respecto que la sentencia es coherente con los principios que informan a la Ley 30/2007 y con los instrumentos normativos, doctrinales y jurisprudenciales que desarrollan el ámbito de su aplicación subjetiva.

En particular, AEROMÉDICA observa que la única cuestión a la que se contraen los motivos de casación se refiere a si GSC es o no un organismo de Derecho Público a efectos de la Ley 30/2007 y si está o no vinculada a una o a varias Administraciones Públicas y, de ser el caso, si su actividad principal no consiste en la producción en régimen de mercado de bienes o servicios ni en operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional y sin ánimo de lucro o, alternativamente, no se financie principalmente mediante ingresos obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. Y, sobre ello, indica que las bases ponen de manifiesto que GSC es una empresa pública adscrita a las Consejerías de Sanidad y de Presidencia, Justicia y Seguridad, así como las funciones y finalidades de interés general que desempeña y persigue. En definitiva, subraya AEROMÉDICA, el objeto social de GSC es de carácter público –coordinar el transporte sanitario de urgencias y gestionar la adquisición y contratación de los recursos materiales y equipos humanos para la prestación de los servicios sanitarios públicos– y, lejos de ser una empresa pública que opera con autonomía funcional, se trata de un "genuino recurso técnico de la Consejería de Sanidad" del mismo modo que es una actividad de servicio público la que constituye el contenido del contrato controvertido.

Así, pues, GSC ha de ser considerada como un organismo de Derecho Público a los efectos de esta Ley 30/2007, es decir, como uno de los contemplados por su artículo 3.2 e). Y a ese respecto apunta que el concepto de "entidad u organismo público" viene dado por la normativa europea y por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. En efecto, prosigue AEROMÉDICA, este precepto es fruto de la trasposición de la Directiva 2004/18/CE y de diversas sentencias de Luxemburgo que condenaron al Reino de España de las que cita las de 13 de enero de 2005 (asunto C-84/03), 16 de octubre (asunto C-283/00) y 15 de mayo (asunto C-214/00), ambas de 2003. De ellas y de la de 1 de febrero de 2001 (asunto C-237/99) resultan –nos dice– los siguientes requisitos para considerar que estamos ante una entidad u organismo público: (i) que haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; (ii) que esté dotado de personalidad; y (iii) que exista una relación de instrumentalidad entre la filial y la matriz porque o bien aquélla está financiada en más de la mitad de sus ingresos por presupuestos públicos, o bien su gestión está sometida a control previo, o bien porque su órgano de administración, dirección o vigilancia ha sido designado por una Administración. Todos estos requisitos, resalta AEROMÉDICA, concurren en GSC.



A la misma solución se puede llegar, además, observa el escrito de oposición, si se acude a la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, cuyo artículo 3.1 b) relaciona las entidades que se integran en el sector público administrativo.

En definitiva, AEROMÉDICA, sostiene que la sentencia ha entendido correctamente que GSC es una Administración Pública a los efectos de la Ley 30/2007. Por lo demás, mantiene todas las alegaciones que hizo en la demanda.

QUINTO.- Iniciaremos nuestro examen de los motivos de casación diciendo que la sentencia no es incongruente por defecto porque, si bien no analiza las razones por las que AEROMÉDICA sostuvo que ISCAN carece de solvencia y de capacidad para contratar y las que se hicieron valer por las demandadas para sostener lo contrario, no era necesario que lo hiciera desde el momento en que la Sala de Las Palmas de Gran Canaria entendió exigible el requisito de la clasificación del contratista, extremo que, es verdad, no fue planteado por las partes pero sí puesto de manifiesto por el tribunal a la recurrente y a las demandadas para que alegaran al respecto. Por tanto, además de y con independencia de que la Ley 30/2007 relaciona el requisito de la clasificación con el de la solvencia del contratista (artículo 51.1 *in fine*), lo cierto es que, introducido correctamente en el proceso el aspecto de la clasificación, ninguna incongruencia puede reprocharse a la sentencia porque, una vez decidido que el requisito era exigible, su fallo descansara en su incumplimiento, prescindiera de lo demás.

Tampoco le falta congruencia por ir más allá de lo que le pidió la demandante. Es verdad que AEROMÉDICA reclamó la anulación de la Orden que rechazó su recurso especial, la declaración de invalidez del contrato formalizado por GSC con ISCAN y la retroacción de las actuaciones al tiempo de la apertura del sobre primero con la exclusión de los licitadores ISCAN y TASISA. Es cierto, igualmente, que la sentencia declaró la nulidad del procedimiento de contratación, cosa que la demanda no había solicitado. Ahora bien, la Sala de Las Palmas de Gran Canaria explica que el alcance de su fallo es el que impone el artículo 35 de la Ley 30/2007. Por tanto, debe entenderse que la nulidad que declara no puede ser la del procedimiento de contratación en su totalidad, sino la del contrato en lo que afecta a ISCAN y, en consecuencia, debemos desestimar el primer motivo del Gobierno de Canarias y el tercero de GSC en la parte en que combate la sentencia por incongruente.

SEXTO.- Ahora bien, falta en la sentencia una motivación imprescindible. En el trámite de alegaciones que abrió para que las partes se manifestaran sobre si era preceptiva en este caso la clasificación de los licitadores, GSC y el Gobierno de Canaria adujeron que no resultaba exigible porque GSC no es Administración Pública. Pues bien, sobre el particular --como se ha visto-- a la postre decisivo, la sentencia no ofrece ninguna explicación de por qué debía estar clasificado el contratista que aspirase a este contrato ni de por qué rechaza los argumentos que con apoyo legal expreso hicieron valer GSC y el Gobierno de Canarias para sostener lo contrario. Sobre ello la sentencia se limita a decir que los rechaza expresamente y que no consta que fueran eximidos los licitadores del requisito del que estamos hablando. En otras palabras, se manifiesta de forma apodíctica y no ofrece las razones que le llevan a tener a GSC por Administración Pública y no por entidad del sector público. Por tanto, deben prosperar los motivos de casación que denuncian esta infracción, el tercero de GSC y el segundo del Gobierno de Canarias, lo cual conduce a la anulación de la sentencia.

SÉPTIMO.- A ese mismo resultado lleva la obligada estimación de los dos primeros motivos de GSC y del tercero del Gobierno de Canarias.

Decimos obligada porque, efectivamente, la sentencia infringe los artículos 54.1 y 5 de la Ley 30/2007. El requisito de la clasificación del contratista lo exige el primer apartado de este artículo, entre otros, para quienes aspiren a contratar con la Administración Pública la prestación de servicios por importe superior a 120.000 €. La superior cuantía del contrato es evidente y no ha sido puesta en discusión. Tampoco se discute que, de ser una Administración Pública la contratante en este caso, sería requisito de cumplimiento inexcusable --pues no fue excluido expresamente con carácter previo-- el de la clasificación de ISCAN, condición con la que, tampoco se discute, no contaba.

Así, pues, todo se reduce en este litigio a determinar si una sociedad anónima de capital público de las características de GSC, es o no Administración Pública a efectos del artículo 54 de la Ley 30/2007 pues de la respuesta a esa pregunta dependerá que proceda aplicar su apartado 1 o el apartado 5. O, si se prefiere, el carácter preceptivo o potestativo de la exigencia de la clasificación del empresario.

La respuesta que ofrece la propia Ley 30/2007 es clara. Su artículo 3 distingue en el seno del sector público, entre Administración Pública, entidades del sector público y poderes adjudicadores. Todos están sujetos a sus previsiones pero en la distinta medida que el legislador determina en cada caso. Y, en particular, su apartado 2 delimita qué ha de entenderse por Administración Pública a los efectos de la regulación establecida por este texto legal. Dice así:



"2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1ª que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2ª que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales".

Y las entidades a las que se refiere la letra a) son --artículo 3.1 a) y b)-- éstas:

"a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social".

Tal como es fácil apreciar, no encaja en ninguna de estas figuras una sociedad anónima de titularidad pública pues no es un ente o entidad de Derecho Público. Y su ausencia de entre los entes, organismos y entidades que el legislador considera, a los efectos de los contratos del sector público, como Administración, no es fruto de un olvido por su parte pues es consciente de que en el seno del mismo operan y forman parte de él sociedades como GSC [artículo 3.1 d)] y el concepto de poder adjudicador que establece (artículo 3.3) las incluye sin ninguna duda. De ahí que tampoco sea casual el distinto tratamiento que prescribe el artículo 54 en lo relativo a la clasificación del empresario según contrate la Administración Pública o las demás entidades del sector público que no tengan el carácter de Administración Pública. Y el artículo 3.1 b) de la Ley General Presupuestaria no conduce a conclusiones diferentes ya que, en lo que ahora importa, solamente nos dice que estas sociedades anónimas de capital público se integran en el sector público, cuestión, insistimos, que no está en discusión.

OCTAVO.- Los argumentos que, con invocación de distintas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, esgrime AEROMÉDICA no sirven para llegar al resultado que pretende. En ellas, ciertamente, se precisa la noción de ente u organismo de Derecho Público que recoge el artículo 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

Precepto que dice así:

"9. Son considerados "poderes adjudicadores": el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público.

Es considerado "organismo de Derecho público" cualquier organismo:

a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

b) dotado de personalidad jurídica y

c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público.



En el anexo III figuran las listas no exhaustivas de los organismos y de las categorías de organismos de Derecho público que cumplen los criterios enumerados en las letras a), b) y c) del párrafo segundo. Los Estados miembros notificarán periódicamente a la Comisión las modificaciones que se hayan producido en sus listas".

El anexo III de la Directiva no es significativo pues en lo que se refiere a España limita la consideración de organismo de Derecho Público a las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y a los organismos y entidades de Derecho Público sujetos a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que no formen parte de la Administración General del Estado, ni de la Administración de las Comunidades Autónomas, o de las corporaciones locales.

Así, pues, la Directiva y la jurisprudencia se valen de la noción expuesta de ente u organismo público para identificar los que, sin formar parte de la organización del Estado o de los entres territoriales, deben ser tenidos por poderes adjudicadores. Es a la definición de éstos a la que sirve el apartado transcrito de la Directiva, no a la delimitación de lo que sea o no Administración Pública. Por tanto, entre los entes de Derecho Público a que se refiere el artículo 3.2 e) no se incluyen las sociedades anónimas como GSC. Conclusión que se ve reforzada por la exclusión expresa de las entidades públicas empresariales que hace ese artículo 3.2.

En efecto, les niega la condición de Administración Pública. Es razonable, entonces, entender que si una entidad pública empresarial no es Administración, mucho menos lo será una sociedad anónima, aunque su capital sea público.

NOVENO.- La Ley 30/2007 ha transpuesto, efectivamente, esta Directiva y ha recogido el concepto de poder adjudicador en su artículo 3.3 , dentro del cual incluye tanto a las Administraciones Públicas cuanto a los demás entes, organismos o entidades con personalidad propia que no sean Administración Pública --así como a las asociaciones entre unas y otros-- y "hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia".

La cuestión relevante en este proceso es la distinción entre Administración Pública y el resto de los poderes adjudicadores cualquiera que sea su carácter pues de ella se sirve el artículo 54 para diferenciar el régimen aplicable en materia de clasificación del empresario. No se trata, pues, de la naturaleza del contrato ni de la de GSC sino de si cabe diferenciar de la Administración Pública a estas entidades a los efectos que aquí se discuten. Y la respuesta debe ser afirmativa porque el legislador la ha establecido expresamente y no se ha demostrado que la distinta solución seguida en este particular aspecto infrinja el Derecho de la Unión Europea ni que la diferencia de tratamiento según contrate la Administración o las restantes entidades del sector público carezca de coherencia.

DÉCIMO.- La anulación de la sentencia a la que lleva la estimación de los motivos que acabamos de señalar nos obliga a resolver la controversia en los términos en que está planteada, que son los siguientes.

Del debate habido en la instancia, ya ha quedado resuelto el extremo suscitado por la Sala de Las Palmas de Gran Canaria de la clasificación del contratista. Quedan, pues, por afrontar los defectos que sobre la solvencia económica o financiera y profesional o técnica reprochó AEROMÉDICA a ISCAN y los relativos a la inconsistencia de la oferta económica de TASISA.

Sobre la primera, la demanda afirmaba la desproporción existente, de una parte, entre el volumen de negocio de ISCAN en 2007 --656.344,92 €-- y sus fondos propios según las cuentas registradas de ese año --54.743,86 €-- y, de otra parte, la cuantía del contrato: decía que ascendían a 51.040.863,57 € los servicios cuya adjudicación pretendió. Además, observaba, apoyándose en un dictamen elaborado por AUREN CANARIAS AUDITORES, S.L., que "la solvencia de la entidad ISCAN es visiblemente pobre y adolece de un alto nivel de endeudamiento". Parecer éste que ratificaba el anterior de dos informes de AXESOR, uno económico-financiero y otro de predicción de riesgos. En definitiva, añadía la demanda, los fondos propios de ISCAN "lejos de acercarse al 20% del importe del contrato, representan el 0,10 % de la licitación". Por eso, concluía, no podía considerarse solvente.

Además, decía AEROMÉDICA que el "espectacular" aumento de capital social que llevó a cabo ISCAN -- hasta los 2.055.875 €-- tuvo lugar seis días antes de la presentación de las proposiciones y de esa cantidad 1.151.855 € procedieron, no de una aportación dineraria, sino de "una supuesta compensación de créditos contraídos desde el 19 de marzo hasta el 11 de agosto de 2008 con una entidad denominada "**STS JUNCOS CANARIAS 2005. SOCIEDAD LIMITADA**" (...)", dedicada a la prestación de servicios de taller de chapa y pintura de automóviles. Ampliación, proseguía la demanda, que "no fue más que un artificio realizado por los socios



de ambas empresas, a la sazón los mismos, con objeto de conferir una apariencia de solvencia a ISCAN frente a una licitación de esta envergadura".

Por lo que hace a la solvencia técnica o profesional de ISCAN, AEROMÉDICA afirmó en la instancia que el único contrato adjudicado a ISCAN que guarda relación con la presente licitación –de transporte sanitario colectivo– se remonta al 1 de enero de 2008 y que en el momento de presentar la demanda, se estaba discutiendo judicialmente la licitud de la adjudicación que recibió, precisamente por reprochársele falta de solvencia técnica. Asimismo, resalta que fue el 11 de mayo de 2007 cuando se introdujo en el objeto social de ISCAN la actividad de "servicio de transporte sanitario, terrestre, aéreo y marítimo de enfermos y accidentados".

Y, en cuanto a la falta de capacidad de obrar de ISCAN, la demanda apuntaba que en el sobre A (documentación general) que presentó no figuraban las certificaciones técnico-sanitarias de los vehículos, ni las autorizaciones administrativas previas del Cabildo Insular competente y no consta que las presentara en los quince días hábiles siguientes a la adjudicación provisional. Además, indicaba que, efectuada la definitiva e iniciada la prestación del servicio, catorce vehículos carecían de la autorización del Cabildo.

UNDÉCIMO.- Los argumentos que la demanda hizo valer en contra de la adjudicación del contrato a ISCAN son los mismos que se esgrimieron en el recurso especial y que fueron rebatidos por la Orden de la Consejera de Sanidad de 5 de febrero de 2009 sin que la actora en la instancia haya aportado razones nuevas para combatir las utilizadas por la Administración. Esta circunstancia, es significativa ya que esa Orden, cuyos fundamentos recogen las contestaciones a la demanda de GSC y del Gobierno de Canarias, se vale de consideraciones de peso para rechazar las alegaciones de aquél recurso especial. En particular, las que obran en el informe del Director Económico de GSC (folios 363 y siguientes del tomo V del expediente).

Es decir, las que ponen de manifiesto que los dictámenes en los que se apoya AEROMÉDICA para negar la solvencia económica y financiera de ISCAN se valen de datos que solamente atienden a algunas variables pero no a todas las relevantes y que se refieren a los años 2005 y 2006. Y resulta que en el primero ISCAN comenzó su actividad, por lo que era poca la información económica que podía ofrecer, y en el segundo, aun cuando su cifra de ventas fuera escasa debido a su corto período de vida, ya se aprecia una capacidad de generar beneficios superior a la media del sector. Es en 2007, sin embargo, año no considerado por el informe de auditoría, cuando obtiene un fuerte incremento del negocio (323,95%). Asimismo, ese informe del Director Económico de GSC observa que no se advertían problemas de liquidez en ISCAN y que su *ratio* de solvencia era aceptable. Y, aunque encuentra un nivel elevado de endeudamiento respecto de los fondos propios, no ve una relación directa de esa circunstancia con su capacidad de pago y destaca que el activo real era superior al pasivo de manera que la empresa ofrecía garantías de devolución de deudas a largo plazo a través de sus bienes. Además, observa que por descansar en una información parcial, limitada, el informe de auditoría impide llegar a la conclusión de que ISCAN tuviera una "solvencia floja y una pobre garantía". En fin sobre la, para AEROMÉDICA, dudosa legitimidad de la ampliación de capital de ISCAN, dice que se tuvo que hacer conforme a las normas mercantiles pues, de otro modo, no habría sido objeto de inscripción registral.

Tal como hemos apuntado, la Orden de 5 de febrero de 2009 afronta de manera directa la cuestión de la solvencia económica y financiera de ISCAN y, de modo razonable, desvirtúa los motivos por los que se negaba al tiempo que aporta elementos desde los que afirmar que, efectivamente, tenía la necesaria para contratar con GSC. En esta tesitura, a la hora de decidir sobre las posiciones enfrentadas de las partes, la circunstancia de que la demanda se haya limitado a reiterar las alegaciones hechas ante la Administración desentendiéndose de las consideraciones que sirvieron para rechazar el recurso especial, añade a la fuerza de convicción de las razones dadas por las demandadas la renuncia de AEROMÉDICA a rebatirlas. Así, pues, cuestionados los presupuestos desde los que se emitieron los juicios técnicos utilizados por AEROMÉDICA y ofrecidos otros según los cuales ISCAN contaba con suficiente solvencia económica y financiera, no encontramos demostrada la tesis de la demanda ni motivos para rechazar las explicaciones dadas por GSC y el Gobierno de Canarias.

Por lo que hace a la alegada falta de solvencia técnica y profesional de la contratista, la Orden de 5 de febrero de 2009 y GSC y el Gobierno de Canarias, recuerdan que la jurisprudencia admite la experiencia previa como válido criterio de valoración. Y, efectivamente, así es, como se dice en las sentencias de esta Sala de de 10 de mayo de 2004 (casación 44/1999 y 2 de febrero de 2012 (casación 3191/2009)).

En cuanto a la falta de capacidad de obrar de ISCAN, defecto también reiterado en la demanda, de nuevo hemos de dar la razón a las demandadas cuando apuntan que el Decreto 154/2002, de 24 de octubre, de la Consejería de Sanidad, por el que se regula el transporte sanitario terrestre, exige autorización administrativa para el ejercicio de la actividad, no para presentar ofertas a una licitación y que de los vehículos se debía disponer a partir de la adjudicación definitiva en los plazos previstos en la oferta, habiéndose procedido a su matriculación dentro de ellos. E, igualmente, aciertan GSC y el Gobierno de Canarias en que, a la luz de los artículos 43.2 y 46.1 de la Ley 30/2007, tampoco se deduce esa falta de capacidad de obrar.



DUODÉCIMO.- Respecto de la oferta económica de TASISA, la demanda sostenía que, renunciando al beneficio industrial y con los presupuestos que recogía, no podría asumir los gastos totales que implicaba el Pliego. Añadía que aceptaba pérdidas en 2012 y 2013, lo cual demostraba que había concurrido "a pérdida" sin más fin que el de desbancar a los competidores que habían respetado el límite del 5% de rebaja admitido en el Pliego para cada presupuesto anual. En definitiva, el precio ofrecido por esta empresa, decía AEROMÉDICA, era manifiestamente insuficiente para atender una parte de los costes operacionales previstos en las bases de licitación con relación a esos tres ejercicios". De ahí que considerase que se daba el supuesto previsto por los artículos 135.2 y 136.2 de la Ley 30/2007 .

Y el informe del perito don Ambrosio , emitido a petición de AEROMÉDICA sobre la oferta de TASISA, concluye que (i) los costes operacionales impuestos en las Condiciones Económico Administrativas incluidas en las Bases representan un porcentaje del 97,39% sobre el presupuesto máximo de licitación previsto para cada anualidad; (ii) los resultados económicos que obtendría TASISA en 2008, 2012 y 2013, teniendo en cuenta los costes operacionales "serían unas pérdidas por importe de 205.326,30 euros en 2008, 246.638,55 euros en 2012 y 256.505,10 euros en 2013".

Al margen de que, confirmada la legalidad de la actuación recurrida respecto de ISCAN y, por tanto, de la adjudicación que se le hizo, carece de relevancia práctica la discusión sobre la oferta económica de TASISA, por agotar todos los extremos planteados en la demanda, hemos de decir que, a este respecto, sucede algo parecido a lo que hemos señalado a propósito de la solvencia de ISCAN. Esto es, que la descalificación que hace AEROMÉDICA de la oferta económica de TASISA descansa en un informe que ha sido elaborado a partir de los datos suministrados por la recurrente en la instancia sin que conste que reflejen el conjunto de los relevantes. En esto se fijan especialmente las contestaciones a la demanda de GSC y del Gobierno de Canarias que subrayan la omisión de toda referencia a los años 2009, 2010, 2011 y afirman que con ellos se alcanzaría una conclusión diferente: la de que el contrato otorga beneficios. Además, subrayan que la rebaja ofrecida por TASISA se debía referir a la totalidad del presupuesto de licitación y no a cada anualidad. En este sentido, resaltan que no excede del 5% del total y, en conclusiones, GSC rechaza los cálculos del perito sobre costes de personal, gastos estructurales, amortizaciones de los vehículos, gastos de mantenimiento, suministros, primas de seguros porque tales estimaciones no tienen en cuenta la estructura de la empresa ni las circunstancias particulares de cada concepto. Y destaca, que, en todo caso, por la rebaja de la que se discute, TASISA solamente obtuvo 0,5 puntos, frente a los 9,5 de AEROMÉDICA y los 10 de ISCAN (folios 650 a 655 del tomo III) y que ninguna otra tacha mereció su oferta económica.

Debemos dar la razón a los demandados, no sólo en lo relativo a la limitación que afecta a las premisas sobre las que se sustenta la prueba pericial, que le privan del valor dirimente que le asigna AEROMÉDICA, sino también en que las Condiciones Económico Administrativas (folio 338 del tomo II del expediente) no refieren la rebaja a cada anualidad sino a la cantidad total del presupuesto de licitación de manera que queda sin ese sustento el reproche que se hace a la oferta económica de TASISA.

En definitiva, debemos rechazar el recurso contencioso-administrativo.

DÉCIMOTERCERO .- A tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción , no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

(1º) Que ha lugar a los recursos de casación interpuestos con el nº 345/2012 por el Gobierno de Canarias y por Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S.A. contra la sentencia nº 362, dictada el 29 de julio de 2011, por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria , que anulamos.

(2º) Que desestimamos el recurso nº 231/2009 interpuesto por AEROMÉDICA CANARIA. S.L. contra la Orden de 5 de febrero de 2009 de la Consejería de Sanidad del Gobierno de Canarias, desestimatoria del recurso especial contra el acuerdo de la mesa de contratación de adjudicación provisional del contrato para la prestación del servicio de transporte sanitario terrestre mediante ambulancias de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado y ambulancias sanitizadas en las islas de Gran Canaria y de Tenerife, lote 1, zona 1 (Boletín Oficial de Canarias nº 167, de 21 de agosto de 2008).

(3º) Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.



Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos . PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ