



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**RE 066/2013**

**Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por AVERICUM, S.L. frente a su exclusión en 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.**

### **I. ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 4 de julio de 2013 se publicó, en el Boletín Oficial de Aragón (BOA), el anuncio de licitación, relativo al procedimiento denominado «Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II y Zaragoza III», convocado por el Servicio Aragonés de Salud (en adelante SALUD), contrato calificado como gestión de servicios públicos, en la modalidad de concierto, tramitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, con un valor estimado de 21 033 600 euros, IVA excluido.

En el anuncio se señala, que el plazo de presentación de proposiciones finaliza el día 23 de julio de 2013.

En el procedimiento convocado presentaron propuestas dos licitadores, a saber, la recurrente AVERICUM S.L. (en adelante AVERICUM) y HOSPITAL SAN JUAN DE DIOS (en adelante el HOSPITAL).



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**SEGUNDO.-** La Mesa de contratación, en sesión celebrada el día 25 de julio de 2013, procedió a la apertura y calificación de la documentación administrativa (Sobre UNO), presentada por los licitadores. Se advirtieron deficiencias y omisiones subsanables en las ofertas de las dos licitadoras concurrentes, por lo cual se les requirió, a efectos de subsanación, otorgándoles un plazo de tres días hábiles, según se recoge en el acta correspondiente. En lo referido a AVERICUM, la Mesa expresa lo siguiente:

- *No especifica la cifra de negocios de cada uno de los tres últimos ejercicios (Anexo II del PCAP).*
- *No especifica en la declaración de los servicios prestados, que los mismo estén incluidos en el ámbito de la actividad objeto del contrato, en cada uno de los últimos tres años (Anexo II del PCAP).*
- *No aporta autorización administrativa, en los términos recogidos en el Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, para la siguiente oferta asistencial: Obtención de Muestras, nefrología y diálisis (Anexo II del PCAP).*
- *No aporta declaración relativa a la parte del contrato que el licitador tenga previsto subcontratar (Apartado 2.2.4.1.9º del PCAP)».*

**TERCERO.-** La Mesa de contratación vuelve a reunirse el 30 de julio de 2013, en sesión pública, para la apertura del Sobre TRES, que contiene las proposiciones económicas y los criterios sujetos a evaluación posterior, ya que no existen, en este procedimiento de adjudicación, criterios de valoración apreciables mediante juicio de valor que deban ser objeto de evaluación previa.

Al inicio de la sesión se procede a dar cuenta a los asistentes de que, previa comprobación de la documentación de subsanación aportada en el trámite correspondiente, se acuerda la admisión de la oferta formulada el HOSPITAL y la inadmisión de la presentada por AVERICUM,



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

dado que se considera incumple con lo preceptuado en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de la licitación (en adelante PCAP). Para acordar la exclusión de AVERICUM, la Mesa manifiesta expresamente lo siguiente:

*«Por otra parte, la subsanación presentada por AVERICUM SL no se considera completa al no aportar la autorización administrativa, en los términos recogidos en el Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, para la siguiente oferta asistencial: nefrología y diálisis (Anexo II del PCAP)».*

Acto seguido, tiene lugar la apertura del Sobre TRES del licitador admitido. Seguidamente, la Mesa da por finalizado el acto público, y procede a la valoración de los criterios sujetos a evaluación posterior contenidos en la oferta, de acuerdo con lo establecido en el Anexo VII del PCAP.

De la anterior valoración, referida a la propuesta de la única licitadora admitida, resulta una puntuación de 38 puntos (de los 100 posibles). A continuación, la Mesa procede a elevar al órgano de contratación propuesta de adjudicación del contrato a favor del HOSPITAL .

**CUARTO.-** El acuerdo de exclusión fue puesto en conocimiento de AVERICUM mediante notificación remitida el 31 de julio de 2013; que sería recibida por la recurrente el día 2 de agosto de 2013. En la notificación se informaba de la posibilidad de interponer contra el acuerdo recurso de alzada ante la Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud, en plazo de un mes, conforme a lo preceptuado en el artículo 48.2 del Texto refundido de la Ley del Servicio Aragonés de Salud y el artículo 115 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

**QUINTO.-** El 21 de agosto de 2013 tuvo entrada, en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Francisco Javier Artilles Camacho, en representación de AVERICUM, contra el acuerdo de exclusión adoptado por la Mesa de contratación el 31 de julio de 2013.

La recurrente ha incumplido lo preceptuado en el artículo 44.1 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) que establece la obligación, al recurrente, de anunciar previamente la interposición del recurso especial.

**SEXTO.-** El recurso alega y fundamenta, en síntesis, lo siguiente:

- a) Respecto de la calificación del contrato objeto de recurso, otorgada por el órgano de contratación, como contrato de gestión de servicio público, AVERICUM sostiene que la misma es errónea. Apoyándose en diversas resoluciones administrativas, entre ellas la Recomendación 1/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, afirma que el elemento diferencial que caracteriza al contrato de gestión de servicios públicos es la asunción por el contratista del riesgo de explotación. Considera que de los Pliegos no se deduce la existencia del citado riesgo para el contratista, dado que la Administración actuante transfiere al adjudicatario un número total de pacientes que asegura un importe de facturación igual



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- al presupuesto de licitación, no dejando por tanto indeterminada la demanda. Puesto que la demanda del servicio sería constante, cierta y conocida con antelación al comienzo de la actividad, desaparecería el riesgo de negocio y habría de calificarse el contrato como contrato de servicios; que por su cuantía sería armonizado y los recursos frente al mismo competencia del Tribunal.
- b) Subsidiariamente, y en caso de mantener la tipificación como contrato de gestión de servicio público, la recurrente considera que el acto sería objeto de recurso especial en materia de contratación y no de recurso de alzada ante la Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud, ya que AVERICUM mantiene que concurrirían los dos requisitos exigidos por el artículo 40 TRLCSP. En cuanto a los gastos de primer establecimiento, pese a no constar en los pliegos cuantía expresa, sostiene que los mismos serían superiores a 500 000 euros; a tenor de lo dispuesto en el Anexo XII del PCAP en lo referido a inversión en obras e instalaciones. Por otro lado, y sobre el plazo del contrato, el PCAP fija un periodo de ejecución del contrato de tres años prorrogables por otros tres adicionales; el recurrente se apoya en diversas resoluciones de Tribunales de contratos para mantener que las prórrogas han de computarse a efectos de superar el plazo mínimo de 5 años recogido en el artículo 40 TRLCSP.
- c) Seguidamente, indica el recurrente, que al acordar su exclusión, la Mesa se ha apoyado en una interpretación errónea del PCAP, concretamente de la exigencia de solvencia técnica o profesional recogida en el ANEXO II del mismo. La incorrecta exégesis se referiría a la cláusula abajo reproducida:



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

«C) (...) El licitador deberá disponer de autorización administrativa, en los términos recogidos en el Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento que regula la autorización de centros y servicios sanitarios en Aragón (BOA nº 53 de 10 de mayo de 2004), para la siguiente oferta asistencial:

- Enfermería.
- Análisis Clínico.
- Farmacia.
- Obtención de Muestras.
- Radiodiagnóstico.
- Nefrología.
- Diálisis.

*Para acreditar la disponibilidad de estas autorizaciones deberá aportar copia compulsada u original de la Resolución de la Dirección General de Planificación y Aseguramiento que las conceda».*

A juicio de AVERICUM una correcta interpretación del texto anterior, de acuerdo con los principios configuradores de la contratación pública, exige que dichas autorizaciones estén en poder del licitador en el momento de la prestación del servicio y no de forma previa, como medida de acreditar la solvencia técnica. Fundamenta su alegación tanto en el tiempo verbal empleado en el clausulado («El licitador deberá disponer...»), como en la, a su juicio, inasumible e injustificada restricción de la libre concurrencia que resultaría de impedir el acceso a la licitación a todo sujeto que no contara con licencia previa. Sostiene que la interpretación llevada a cabo por la Mesa incumple el principio de adjudicación del contrato a la oferta



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

económicamente más ventajosa contenido en el artículo 1 del TRLCSP, por restringir el acceso al procedimiento a un muy limitado elenco de licitadoras. Tanto es así, que AVERICUM afirma que solamente una entidad contaría en Aragón con la preceptiva autorización. A efectos de prueba de tal aseveración, la recurrente solicita del Tribunal que requiera a la Dirección General de Planificación y Aseguramiento del Gobierno de Aragón, para que expida y remita certificado que contenga el listado de entidades autorizadas.

Por lo expuesto solicita la anulación del acuerdo de exclusión de 31 de julio, así como la consiguiente retroacción del expediente al momento anterior al que se dictó el acto recurrido, para que la Mesa de Contratación admita expresamente la proposición de la recurrente y proceda a la adjudicación a favor de la oferta económicamente más ventajosa. Se solicita, a su vez, la suspensión cautelar del procedimiento a la vista de la generación de perjuicios irreparables en caso de continuación del mismo.

**SÉPTIMO.-** El mismo 21 de agosto de 2013, el Tribunal solicita del órgano de contratación la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, y el informe al que hace referencia el artículo 46.3 TRLCSP. El 26 de agosto de 2013 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.

El 26 de agosto de 2013, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso al otro interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.3 TRLCSP.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**OCTAVO.-** Por Resolución 12/2013, de 23 de agosto de 2013, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por la recurrente, en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, en atención a lo dispuesto en el artículo 43 TRLCSP, valorando las circunstancias que concurren en el expediente, y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación.

**NOVENO.-** El 29 de Agosto de 2013 tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón escrito a cargo de AVERICUM en el que se solicita la admisión de prueba documental, dada la existencia de hechos nuevos o de nueva noticia; pues sostiene que los hechos afirmados acaecieron con posterioridad al momento de presentación del recurso.

Se solicita se una al expediente el PCAP, que se adjunta al escrito, y que se corresponde con el procedimiento de licitación «Gestión del servicio de hemodiálisis extrahospitalaria del Hospital de Alcañiz» promovido por el SALUD, con anuncio publicado en BOE de 22 de agosto de 2013. AVERICUM, en relación con los Pliegos citados, considera la existencia de trato discriminatorio e infracción de la doctrina de los «actos propios» por el SALUD, dado que para este último procedimiento —que a juicio de la recurrente resulta idéntico al que es objeto del presente recurso—, no se exige la previa autorización para la prestación de servicios de nefrología y diálisis.

**DÉCIMO.-** El HOSPITAL presenta alegaciones de fecha 2 de septiembre de 2013, en las que manifiesta que el contrato se efectuará a riesgo y ventura del contratista, procediendo por tanto recurso de alzada y no





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

recurso especial en materia de contratación. Respecto al fondo del asunto mantiene que no existe discriminación al exigirse la solvencia técnica para todos los licitadores; y por último argumenta que la recurrente participó en el concurso conociendo el PCAP y el PPT sin haber cuestionado la adecuación a derecho de los extremos exigidos para acreditar la solvencia técnica que contiene el Anexo II del PCAP, acto propio que solamente puede, y debe ser interpretado como de conformidad con los pliegos, tratándose de una actuación contraria a los propios pliegos y a la buena fe. Dichos pliegos no han sido recurridos, y son por tanto firmes y consentidos.

Finaliza las alegaciones solicitando la inadmisión o, en su caso, desestimación del recurso, por las razones expuestas.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se acredita en el expediente la legitimación de la empresa AVERICUM, S.L. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

Si bien el órgano de contratación califica el contrato como de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, dando la posibilidad de interponer recurso de alzada, el recurrente argumenta en primera instancia que se trata de un contrato de servicios, procediendo por tanto la interposición de recurso especial.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Este Tribunal considera necesario comenzar la resolución del recurso por definir la adecuada calificación jurídica del objeto del contrato, en aras a considerar si procede la interposición de uno u otro recurso.

Si bien conforme a la legislación anterior de contratos era habitual tipificar los contratos como el presente, como contrato de gestión de servicios públicos, en la actualidad es claramente un contrato de servicios del artículo 10 TRLCSP. En concreto incluido en la categoría 25 «Servicios Sociales y de Salud» del Anexo II TRLCSP, CPV 85111900-0 «Servicios de diálisis en el hospital».

Así se mantiene, como veremos, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y se recoge en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, donde se refiere expresamente a la calificación de los contratos con la LCSP (hoy TRLCSP) de la siguiente manera:

*«Otra de las más importantes novedades de la LCSP que ha repercutido en la necesaria recalificación de muchos contratos administrativos, antes contratos de gestión de servicios públicos o contratos administrativos especiales, es la amplitud de la configuración del contrato de servicios. El contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, «es aquel cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro». En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a «servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración». Hasta la regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios –y nunca*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de un contrato de gestión de servicios públicos- cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación. Así lo ha indicado el TSJUE en su Sentencia de 10 de septiembre de 2009, (Asunto Wasser), en la que se define en el ámbito de las Directivas 2004/18 y 2004/17, el concepto y diferencias del contrato de servicios y de concesión de servicios, afirmando que: “ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios”, doctrina que se confirma en la Sentencia de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater Rettungsdienst), afirmando que “si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios».

Esta es también la línea interpretativa establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 23/2010, de 23 de julio, que califica los contratos como el presente como contratos de servicios, en el caso de que no se transfiera al contratista el riesgo de la explotación:

*«De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.*

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.*

*En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean "prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro» (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma».*

El órgano de contratación, en su informe al recurso, afirma que el contratista asumirá los riesgos en la explotación, por considerar que la demanda de sesiones de hemodiálisis se puede ver afectada por múltiples circunstancias, entre ellas el fomento de los trasplantes renales y de las terapias de hemodiálisis y diálisis domiciliarias.

La calificación del objeto del contrato como de gestión de servicio público exige como condición *sine qua nom*, la transferencia del riesgo al contratista, tal y como se mantiene por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en jurisprudencia consolidada. Así, en Sentencia de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser) se afirma que:

*«De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.*

*De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas). A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I-9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicadora quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata.

Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios».*

Por su parte, la Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater), define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio:

*«El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio».*

Finalmente, la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios:

*«Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [ TJCE 2011, 52] , antes citada, apartado 26).*

*Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. 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 Privater*



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

*Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] antes citada, apartado 29».*

De acuerdo con esta jurisprudencia y con los criterios de los órganos consultivos citados, este Tribunal entiende que tal y como está configurado el contrato objeto de recurso, no hay transferencia del riesgo de la explotación al contratista. Pues se define un número total de sesiones de diálisis y se establece el pago de las mismas al precio ofertado por el licitador que sea adjudicatario. La Administración se reserva para sí el tratamiento de los pacientes que realiza en los hospitales públicos de referencia, y transfiere al adjudicatario un número total de pacientes, que no deja indeterminada la demanda del servicio. En el propio informe de necesidad del órgano de contratación, de fecha 3 de abril de 2013, se prevé la atención a un máximo de 60 pacientes, que supondrían un total de 25.040 sesiones.

En virtud de todo lo anterior, este Tribunal considera debidamente acreditado que, ante la ausencia de transferencia de riesgo en la explotación del servicio por el adjudicatario, tal y como está definida la prestación del mismo, el presente contrato debe ser calificado como contrato de servicios. Procede, por tanto, la interposición de recurso especial en materia de contratación.

También queda acreditado, que el recurso se han interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, como es la exclusión de un licitador, en el marco de un contrato de servicios, comprendido en las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 100 000. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 40 TRLCSP en relación con el artículo 17 de la Ley 3/2011, de 24



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de febrero, de medidas en materia de contratos del Sector Público de Aragón.

**SEGUNDO.-** El recuso especial se ha planteado en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 30 de julio de 2013, remitida la notificación a AVERICUM el 31 de julio y recibida el 2 de agosto. Se ha interpuesto el recurso, ante el TACPA, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la recepción de la notificación, de conformidad con el artículo 44.2 TRLCSP.

**TERCERO.-** Sentado lo anterior, sobre la base del *petitum* del recurrente, y en aplicación del principio de congruencia, se debe centrar ahora el análisis de la cuestión planteada por el recurrente, relativa a la pertinencia de la autorización administrativa requerida, su exigencia como solvencia y la consecuencia de su no presentación en fase de licitación.

El órgano de contratación introduce como requisito de solvencia en el Anexo II del PCAP la exigencia de autorización administrativa para la oferta asistencial de varias actividades sanitarias, entre ellas nefrología y diálisis, en los términos del Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento que regula la autorización de centros y servicios sanitarios de Aragón (BOA nº 53, de 10 de mayo de 2004). En concreto, la incluye en relación a «*la descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa*». Exige, además, la disposición de dicha autorización con carácter previo, al ser considerada como un requisito de solvencia técnica.





## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Sin embargo, el artículo 78 TRLCSP, que regula la solvencia técnica o profesional en los contratos de servicios —y que resulta aplicable en este caso—, establece unos medios tasados para acreditar la solvencia técnica o profesional, y a juicio de este Tribunal, en ningún caso resulta admisible introducir dicha exigencia de autorización administrativa, vinculada a la prestación de un servicio sanitario, como medio para acreditar la solvencia técnica o profesional del empresario, en un apartado, el apartado c) del artículo 78 TRLCSP, con el que no guarda ninguna relación.

La acreditación de la solvencia técnica o profesional, opera de manera distinta de la acreditación de la solvencia económica y financiera, para la que el propio artículo 75.2 TRLCSP permite, por razones justificadas, su acreditación por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación.

El órgano de contratación, en su informe al recurso, alega que esta forma de acreditar la solvencia técnica se exige por otras Comunidades Autónomas, y adjunta, a modo de ejemplo, los pliegos relativos a la contratación de dicho servicio del Hospital Doce de Octubre y de un contrato licitado por el INGESA. Conviene aclarar que en esos dos supuestos, la exigencia de autorización no se introduce como criterio de solvencia, sino como «aptitud para contratar» en el marco del artículo 54.2 TRLCSP, que establece que *«Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato»*.

Este Tribunal entiende que se trata de tres cuestiones totalmente



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

distintas: así, una cuestión es la habilitación empresarial o profesional a que se refiere el artículo 54.2 TRLCSP, relativo a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trate y que funciona como requisito de capacidad; otra cuestión es la solvencia técnica o profesional, pensada para acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión; y una tercera sería, en este caso, la autorización administrativa exigida a los centros y servicios sanitarios.

En relación a los requisitos de solvencia, este Tribunal se ha pronunciado en reiteradas ocasiones, en el sentido de entender que siempre deberán tener relación directa con el objeto del contrato, ser proporcionales al mismo y no discriminatorios.

Además, y tal y como manifiesta el recurrente en su escrito de fecha 27 de agosto de 2013, el mismo centro gestor (Servicio Aragonés de Salud), para la prestación de un servicio de similar naturaleza en el Sector de Alcañiz —servicio de hemodiálisis extrahospitalaria para pacientes del Hospital de Alcañiz— no exige dicha autorización administrativa, si bien resulta obvio que el prestador deberá contar con ella, en aplicación del Decreto 106/2004, de 27 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento que regula la autorización de centros y servicios sanitarios en Aragón, en el momento inmediatamente anterior al inicio de la actividad.

Procede, por ello, admitir este motivo de recurso y anular la exigencia de autorización administrativa como requisito de solvencia técnica.

**CUARTO.-** Este Tribunal ya se ha pronunciado en anteriores ocasiones, véase Acuerdos 5/2011, de 16 de mayo y 33/2012, de 9 de agosto, sobre la trascendencia de la claridad en la elaboración y el contenido de los



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

pliegos de condiciones, o de cláusulas administrativas particulares, que es responsabilidad de los poderes adjudicadores, y por tanto las cláusulas ambiguas, contradictorias o confusas, que no hayan sido disipadas durante el proceso de selección, 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.

En concreto, en el Acuerdo 33/2012 se recoge lo siguiente:

*«Nuestro ordenamiento jurídico de la contratación pública se basa en los principios de la buena fe objetiva y confianza legítima como elementos interpretativos de los contratos, que se complementan con el principio de interpretación «contra proferentem» —también denominado «interpretatio contra stipulatorem»— según el cual, cuando no es posible hacer una interpretación literal de un contrato (Pliego en este caso), por causa de cláusulas ambiguas o contradictorias, la interpretación no debe beneficiar a la parte que redactó esas cláusulas, ocasionando la oscuridad. Es la carga de hablar claro que pesa sobre quien lleva la iniciativa contractual, que se corresponde con una autorresponsabilidad cuando no se cumple satisfactoriamente con ella.*

*Con rotundidad se pronuncia en tal sentido la STS de 3 de febrero de 2003, dictada en unificación de doctrina, según la cual «Es manifiesto que los contratos administrativos son contratos de adhesión, en que la Administración es quien redacta las cláusulas correspondientes, por lo que, conforme a lo prevenido en el artículo 1288 del Código Civil la interpretación de las cláusulas oscuras no debe favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad. Ello impone en el caso enjuiciado, como argumenta la sentencia de contraste, una interpretación que no se verifique en perjuicio de la empresa contratista y en beneficio de la Administración».*

En el mismo sentido, la Sentencia TS de 5 de junio de 2001 afirma que, en virtud del artículo 1288 CC, la inteligencia de la cláusula oscura no



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

puede beneficiar a quien la plasma. Igualmente, las SSTs de 2 de octubre de 2000, 15 de febrero de 2000 y 2 noviembre 1999.

Por todo ello, no puede admitirse la tesis del órgano de contratación por la que se pretende la exclusión del licitador por este motivo, dado que la interpretación realizada por la recurrente es razonable y ajustada a la normativa vigente. La autorización administrativa regulada en la normativa autonómica, es de carácter reglado y tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de unos requisitos en la prestación de servicios sanitarios, tal y como previene la Ley General de Sanidad de 1986. Los requisitos exigidos en los Pliegos para la prestación del servicio deben cumplir las exigencias del Decreto 106/2004, de manera que el compromiso de su cumplimiento que constituye la oferta del licitador es suficiente para valorar su proposición.

Una interpretación que priva a un operador sanitario, que cuenta con la referida autorización administrativa a nivel autonómico, que ha acreditado el cumplimiento de la actividad en contratos análogos y el compromiso de medios materiales y personales exigido, resulta contraria a los principios de igualdad de trato y de libre competencia.

No desvirtúa esta conclusión el hecho de que la recurrente asumiese los pliegos desde el momento de su participación en el procedimiento, pues los acepta, aunque no comparte la interpretación restrictiva de la exigencia de solvencia que incluye el PCAP.

Consideradas las circunstancias que concurren en el procedimiento, procede la retroacción las actuaciones al momento anterior a la exclusión de la recurrente, la admisión de AVERICUM, y efectuar la



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

valoración de su oferta, de conformidad con lo resuelto en este Acuerdo.

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 D. Francisco Javier Artiles Camacho en nombre y representación de AVERICUM, S.L, contra su exclusión en la licitación del procedimiento denominado «Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II y Zaragoza III», promovido por el Servicio Aragonés de Salud.

**SEGUNDO.-** Anular la Resolución de 30 de julio de 2013, de la Mesa de contratación, por la que se excluye la proposición presentada por AVERICUM, y disponer, la admisión de la misma al procedimiento de licitación.

**TERCERO.-** Levantar la suspensión acordada por este Tribunal en virtud de los artículos 43 y 46 del TRLCSP, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 47.4 del mismo texto legal.



## TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

**CUARTO.-** 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.

**QUINTO.-** El Servicio Aragonés de Salud deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

**SEXTO.-** 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.