



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

RE 006/2014

Acuerdo 11/2014, de 20 de febrero de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por AVERICUM, S.L. frente al desistimiento de la licitación del contrato denominado «Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II y Zaragoza III», promovida por el Servicio Aragonés de Salud.

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.- Este Tribunal resolvió por Acuerdo 52/2013, de 11 de septiembre, el recurso especial 66/2013, planteado por AVERICUM frente a su exclusión en la mencionada licitación, en el sentido de estimar el mismo, anular la Resolución de 30 de julio de 2013, de la Mesa de contratación, por la que se excluye su proposición, y disponer, la admisión de AVERICUM al procedimiento de licitación.

Por Acuerdo 72/2013, de 11 de diciembre de 2013, de este Tribunal, se resolvió la petición de ejecución del Acuerdo 52/2013 promovida por AVERICUM, en el sentido de requerir al SALUD la ejecución inmediata del Acuerdo 52/2013, en sus justos y precisos términos.

TERCERO.- En ejecución de los referidos Acuerdos 52/2013 y 72/2013, se dictó, por el Director de Coordinación Asistencial del SALUD, —por delegación de la Directora Gerente de ese Organismo—, la Resolución de 27 de diciembre de 2013, por la que se acuerda la admisión de la proposición presentada por AVERICUM al procedimiento de licitación denominado «Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II y Zaragoza III».

CUARTO.- Consta en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón una Resolución de 30 de diciembre de 2013, dictada por el Director de Coordinación Asistencial del SALUD —por delegación de la Directora Gerente de ese Organismo—, por la que se acuerda desistir del procedimiento de licitación denominado «Servicio de hemodiálisis hospitalaria con destino a los sectores Zaragoza I, Zaragoza II y Zaragoza III», y acordar el inicio de un nuevo expediente de contratación, *«en el que se recoja la nueva calificación del contrato de forma correcta y*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

sea aprobado nuevamente conforme a las directrices en materia de contratación administrativa».

QUINTO.- El 27 de enero de 2014 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 la Resolución de 30 de diciembre de 2013, por la que se acuerda el desistimiento de la licitación de continua referencia.

La recurrente ha cumplido 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. Y así lo hizo, presentando el preceptivo anuncio en el SALUD el 21 de enero de 2014.

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

- a) Tras relatar los antecedentes de la licitación y de los dos Acuerdos dictados por este Tribunal en relación con la misma, señala que el HOSPITAL interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo 52/2013, instando la medida cautelar de suspensión, que fue rechazada por Auto de 7 de enero de 2014, declarado firme mediante diligencia de ordenación de 24 de enero de 2014. Afirma que en el recurso contencioso, el HOSPITAL alegó de forma extensa el argumento de que la modificación de contrato de gestión de servicio público a servicios era un error.
- b) Considera que el acto administrativo recurrido no obedece a la causa legal prevista en el artículo 155 TRLCSP, sino *«a la voluntad*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

de la Administración de adjudicar el contrato al licitador que previamente habían decidido», con quiebra de los principios de la contratación pública. Afirman que las causas en las que se basa el desistimiento son falsas y carentes de fundamentación alguna, pues la motivación del desistimiento —error en la calificación del contrato, que determina una modificación de las condiciones aplicables, principalmente publicidad, solvencia, duración, prórroga y régimen de recursos— no se basa en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento, como exige el artículo 155 TRLCSP.

- c) En concreto, respecto de la infracción alegada por el SALUD sobre la no publicación del contrato en el DOUE, afirman que el mismo no está sujeto a regulación armonizada, al estar incluido en la categoría 25 del Anexo II del TRLCSP. Por tanto, la publicidad exigida tanto si se considera gestión de servicio público como servicios es la del BOA y Perfil, como se hizo.
- d) En cuanto a la infracción alegada por el SALUD de haber infringido la exigencia de clasificación, entienden que el artículo 65 TRLCSP a día de hoy no está vigente, en virtud de la disposición final tercera de la Ley 25/2913, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector Público. Afirman, en todo caso, que la anterior regulación tampoco exigía clasificación en estos casos, en virtud de lo señalado en la disposición transitoria cuarta TRLCSP.
- e) Respecto a la infracción alegada por el SALUD de modificar las cuestiones relativas a duración, prórroga, régimen jurídico de recursos aplicables y plazo de presentación de las ofertas,



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

- consideran que el plazo previsto en la licitación (tres años con posibilidad de prórroga por otros tres) era conforme a la previsión del artículo 303 TRLCSP, sobre duración de los contratos de servicios. En cuanto al régimen de recursos, la inadecuada calificación del contrato no ha impedido la resolución de un recurso especial e, incluso, frente al acto de desistimiento se ha dado esta vía de defensa, y no la de alzada. Tampoco el plazo de presentación de ofertas, 52 días en este caso, hubiera variado de ser una u otra la calificación.
- f) Remite a los acuerdos adoptados en la segunda reunión de coordinación de los órganos de recurso especial en materia de contratación pública y a sus conclusiones, para afirmar que si no existe incompatibilidad entre el régimen jurídico de los pliegos aprobados y la modificación del régimen jurídico de un contrato, verificado por un Tribunal administrativo, no es preciso dar traslado a las partes para que se pronuncien al respecto.
- g) Entiende vulnerado por el SALUD el límite temporal para acordar el desistimiento, al afirmar que en el expediente administrativo consta la propuesta y acuerdo de adjudicación, que no han sido anuladas.
- h) De todo lo argumentado concluyen la existencia de un supuesto de arbitrariedad y desviación de poder, lo que determina la nulidad del acto administrativo de desistimiento, por los motivos que detalla. Reproduce en su integridad el Acuerdo 19/2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, que estima un recurso, a su juicio, con argumentos aplicables al presente.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Por lo expuesto solicita la anulación del acuerdo de desistimiento de 30 de diciembre y de todos los sucesivos actos de los que traiga causa el acto recurrido, así como la consiguiente retroacción del expediente al momento anterior al que se dictó el acto recurrido, para que la Mesa de contratación proceda a la apertura del Sobre 3 de su propuesta, y a la adjudicación del contrato a favor de la oferta económicamente más ventajosa. Se solicita, a su vez, la suspensión cautelar del desistimiento, a la vista de la generación de perjuicios irreparables en caso de continuación del mismo.

SÉPTIMO.- Por Resolución 1/2014, de 28 de enero de 2014, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión de la Resolución por la que se acuerda el desistimiento 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 su relación con lo dispuesto en el Acuerdo 52/2013, el nulo perjuicio al SALUD, y en aras a garantizar la eficacia del objeto de la reclamación en caso de estimarse la pretensión.

OCTAVO.- El 30 de enero de 2014, el Tribunal solicita del órgano de contratación la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente de contratación completo, salvo la parte que ya fue remitida en el recurso RE 66/2013, y el informe al que hace referencia el artículo 46.3 TRLCSP. El 4 de febrero de 2014 tiene entrada en el Tribunal la documentación solicitada.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

El 4 de febrero de 2014, 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.

NOVENO.- El HOSPITAL presenta alegaciones de fecha 11 de febrero de 2014, en las que manifiesta que el desistimiento cumple escrupulosamente los requisitos legales de forma, procedimiento y fondo del artículo 155 TRLCSP. Y ello porque se ha producido, como principal infracción no subsanable, un error en la calificación del contrato. Además, se han producido adicionalmente las siguientes:

- a) Como contrato de servicios debió exigirse la preceptiva clasificación del contratista, ex artículo 65 TRLCSP.
- b) La regulación de los pliegos del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos es incompatible con la establecida para el contrato de servicios, en aspectos concretos que desarrolla, como el restablecimiento del equilibrio, la posibilidad de intervención, las causas específicas de resolución, la limitación de la subcontratación etc.
- c) El PCAP inicial exigía una autorización que el Acuerdo 52/2013 ha considerado inexigible.

Afirma la inexistencia de desviación de poder y finaliza las alegaciones solicitando la desestimación del recurso, por las razones expuestas.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

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.

Como se fundamentó en el Acuerdo 52/2013, de este Tribunal, el contrato cuyo desistimiento ahora se impugna debe ser calificado como contrato de servicios. En concreto, de los comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 100 000 euros. Procede, por tanto, la interposición de recurso especial en materia de contratación.

En cuanto al concreto acto de que se recurre, el desistimiento de la licitación, la resolución recurrida es susceptible de recurso especial, de acuerdo con el apartado 2.c) artículo 40 TRLCSP, en tanto en cuanto el desistimiento constituye una forma de terminación del procedimiento de licitación, asimilable a la adjudicación. Y así se reconoce expresamente por el SALUD en la notificación de la resolución.

La posibilidad de control vía recurso especial de los actos de desistimiento precontractual de los órganos de contratación ha sido garantizada expresamente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, al afirmar sobre esta cuestión, la Sentencia de 18 de junio de 2002, asunto Hospital Ingenieure, apartado 48, 50 y 51 (Criterio confirmado por la Sentencia de 2 de junio de 2005, asunto Koppensteiner GMBH, o), lo siguiente:

«Pues bien, en la medida en que la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar una licitación para un contrato público de servicios está sujeta a las normas materiales pertinentes del Derecho comunitario, procede inferir que está asimismo comprendida en el ámbito de aplicación de las normas



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

establecidas en la Directiva 89/665 con el fin de garantizar el cumplimiento de las prescripciones del Derecho comunitario en materia de contratos públicos.

...

Además, el sistema general de la Directiva 89/665 impone una interpretación de dicho concepto en sentido amplio, por cuanto el artículo 2, apartado 5, de dicha Directiva autoriza a los Estados miembros a establecer que, cuando se reclame una indemnización de daños y perjuicios porque una decisión de la entidad adjudicadora se haya adoptado ilegalmente, la decisión impugnada debe ser previamente anulada.

En efecto, admitir que los Estados miembros no están obligados a instaurar procedimientos de recurso de anulación con respecto a los acuerdos por los que se cancela una licitación equivaldría a autorizarles a privar, en ejercicio de la facultad prevista en la disposición mencionada en el apartado anterior, a los licitadores lesionados por tales acuerdos, adoptados con infracción de las normas del Derecho comunitario, de la posibilidad de promover acciones de indemnización de daños y perjuicios».

La finalidad de esta doctrina es garantizar «el efecto útil de la Directiva 89/665. Como se desprende de sus considerandos primero y segundo, la finalidad de esta Directiva es reforzar los actuales mecanismos, tanto en el plano nacional como en el plano comunitario, para garantizar la aplicación efectiva de las directivas comunitarias en materia de adjudicación de los contratos públicos, en particular, en la fase en la que las infracciones aún pueden corregirse y, precisamente para garantizar el respeto de dichas directivas, el artículo 1, apartado 1, de la Directiva 89/665 obliga a los Estados miembros a establecer recursos lo más eficaces y rápidos posible (véase, en este sentido, la sentencia Alcatel Austria y otros, antes citada, apartados 33 y 34)» (Apartado 52 de la sentencia citada).

Este criterio ha sido recogido por los órganos de recursos contractuales (por ejemplo, Resolución del Tribunal de Contratación Pública de la



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Comunidad de Madrid 17/2011; cuya interpretación se ha asumido también por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en la Resolución 263/2012, de 21 de noviembre; el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su Resolución 96/2012, de 16 de octubre de 2012 y por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León, mediante Resolución 54/2013, de 25 de septiembre de 2013), distinguiendo entre desistimiento del procedimiento y renuncia a celebrar un contrato.

Por último, el recuso especial se ha planteado en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 30 de diciembre de 2013, remitida la notificación a AVERICUM el 10 de enero de 2014. Se ha interpuesto el recurso, ante el TACPA, dentro del plazo de quince días hábiles siguientes a la remisión de la notificación del acto impugnado, de conformidad con el artículo 44.2 TRLCSP.

SEGUNDO.- La cuestión de fondo radica en determinar si concurren o no las circunstancias que habilita el artículo 155 TRLCSP para poder acordar un desistimiento del procedimiento: existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento.

Lo determinante es, por tanto, que exista una infracción de las normas de preparación o de los procedimientos y que éstas, por su relevancia jurídica, sean insubsanables, lo que supone, en la lógica de la dogmática de la invalidez, que exista un vicio de nulidad de pleno derecho, ya que solo son insubsanables los vicios de nulidad, en tanto vicios de orden público.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

No basta, en consecuencia, meras irregularidades, ni vicios que tengan consideración de anulabilidad para poder acordar el desistimiento.

Corresponde por ello analizar los motivos alegados por el SALUD para proceder a calificar si existe o no motivo de nulidad que pueda habilitar el desistimiento, pues de lo contrario sería una decisión ilegal y debería continuarse con el procedimiento de origen hasta su adjudicación y perfección. Motivos que se pueden reducir a tres, dado que el de publicidad, es rectificado en el informe emitido por el SALUD tras el recurso, reconociendo el error por ser un contrato no armonizado.

El primero de ellos es si, al ser la naturaleza del contrato de servicios, debió exigirse la preceptiva clasificación del contratista, ex artículo 65 TRLCSP. Alega AVERICUM que el artículo 65 TRLCSP a día de hoy no está vigente, en virtud de la disposición final tercera de la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso a la factura electrónica y creación del registro contable de facturas del sector Público. Afirman, en todo caso, que la anterior regulación tampoco exigía clasificación en estos casos, en virtud de lo señalado en la disposición transitoria cuarta del TRLCSP.

No podemos compartir la primera argumentación del recurrente sobre la no obligación de clasificación en los contratos de servicios. La reciente Circular 1/2014, de la Abogacía del Estado, sobre Régimen transitorio aplicable a la modificación sobre clasificación de las empresas y requisitos mínimos de solvencia introducida por la ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, cuya criterio comparte este Tribunal por motivos de seguridad jurídica, ha señalado que hay que entender que no se ha alterado «la vigencia



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

transitoria del artículo 65.1, párrafo primero, del TRLCAP, en tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario de continua referencia. En consecuencia, la entrada en vigor del nuevo apartado 1 del artículo 65 del TRLCSP, en la redacción dada por la Ley 25/2013 y en los aspectos relativos al ámbito de aplicación y exigibilidad de la clasificación, no se producirá hasta la aprobación de las normas reglamentarias que establezcan los grupos, subgrupos y categorías en los contratos de obras y servicios, manteniendo hasta entonces su vigencia el artículo 65.1, párrafo primero, del TRLCAP». En consecuencia, sigue vigente el régimen de clasificación de contratos de servicios, pero con las categorías de grupos y subgrupos de la legislación de 1995. Así, la regla general de clasificación empresarial para contratos de servicios —de importe superior a 207 000 euros, umbral fijado por Reglamento (UE) 1336/2013 de la Comisión, de 13 de diciembre de 2013, que se aplica desde 1 de enero de 2014— es todavía de directa aplicación.

No se altera, por tanto, el régimen jurídico aplicable para estos casos tras la redacción de la Ley 25/2013, al estar condicionada su aplicación a una norma reglamentaria que todavía no se ha dictado. Es decir, sigue siendo de aplicación la redacción del artículo 65 TRLCSP originaria.

Esto significa que la exigencia de clasificación en contratos de servicios sanitarios o de servicios sociales queda todavía condicionada a un desarrollo reglamentario que no se ha producido, tal y como se había advertido de forma clara en el Informe 26/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sobre *«Exigencia de clasificación en los contratos de servicios cuya prestación tenga por objeto la gestión de servicios sociales. Calificación del*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

contrato», donde concluye que no es exigible clasificación a las empresas licitadoras en estas modalidades contractuales hasta tanto no se apruebe el desarrollo reglamentario en el que se establezcan los grupos y subgrupos en que las empresas que realicen esta actividad deban estar clasificadas. Y ello porque, como se argumenta en este Informe, bastará un análisis del artículo 37 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aún vigente, para comprobar que entre los diferentes grupos y subgrupos en él contemplados no existe ninguno bajo cuyos epígrafes pueda subsumirse la figura de este contrato. Ni siquiera en el grupo N, «Servicios Cualificados» o en el U, «Servicios Generales», cabe incluirlos, pues tanto uno como otro hacen referencia en sus distintos subgrupos a actividades de naturaleza muy diferente a la contemplada en los contratos que venimos comentando. Resulta así que, aunque hay que calificar a estos contratos como contratos de servicios, las normas de desarrollo de la anterior Ley de Contratos, aún vigentes, no contemplan supuesto alguno que permita otorgar clasificación a ninguna de estas empresas.

De aplicarse literalmente el artículo 65 TRLCSP, como pretende el SALUD, llegaríamos a la exigencia de cumplimiento de una condición imposible, haciendo no sólo imposible la adjudicación de contratos a estas empresas, sino la propia licitación de los mismos por los órganos de contratación, cuando el importe del contrato supera el límite de los 200 000 euros, a que se refería el TRLCSP en la fecha del desistimiento (ahora, como se ha dicho, el umbral es de 207 000 euros).

En consecuencia, no existe vicio de nulidad, por lo que este motivo de desistimiento no puede ser aceptado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

TERCERO.- El segundo de los motivos del desistimiento, hace referencia al hecho de que la regulación de los pliegos del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos es incompatible con la establecida para el contrato de servicios, en aspectos concretos, como la duración, prórroga o régimen de recursos aplicables. Aspectos a los que se añaden, en las alegaciones del HOSPITAL al recurso, el restablecimiento del equilibrio, la posibilidad de intervención, las causas específicas de resolución o la limitación de la subcontratación.

Este motivo no puede ser aceptado, ya que el plazo final es compatible con el plazo general de estos contratos previsto en el artículo 303 TRLCSP, y porque las especialidades de ejecución implican un «plus» de control del contrato por la Administración, aceptado por los recurrentes y que no altera ni perturba las condiciones de la licitación y la ejecución. De hecho, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 2/2014, de 22 de enero, a petición del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, ha admitido que muchas de las especialidades relativas a un contrato de gestión de servicios públicos se pueden incorporar al pliego de un contrato de servicios sanitarios. El régimen del contrato de servicios del que se desiste no comporta vicios insubsanables. Y por ello, este motivo de desistimiento tampoco puede ser aceptado.

CUARTO.- Por último, se justifica el desistimiento en el hecho de que el PCAP inicial exigía una autorización, como requisito de solvencia, que el Acuerdo 52/2013 ha considerado inexigible, y que tal exigencia ha podido ser «*un elemento disuasorio*» para otras posibles empresas licitadoras. Sobre este requisito, conviene recordar la doctrina fijada en



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

el citado Acuerdo. El órgano de contratación, en su informe a ese recurso, alegaba que esta forma de acreditar la solvencia técnica se exigía por otras Comunidades Autónomas, y adjuntaba, 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.

No se aceptó tal argumentación, pero el motivo no fue que se solicitara la autorización administrativa, sino cómo se interpretó por el SALUD ese requisito. Conviene recordar lo que allí se dijo:

«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».



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Es decir, no se cuestionaba la exigencia de la autorización administrativa, sino cómo se interpretaba la exigencia de la misma y sus consecuencias jurídicas.

QUINTO.- Existe, además, una motivación intrínseca, no bien expuesta por el SALUD en la resolución de desistimiento, pero que no puede desconocer este Tribunal administrativo, máxime si se tiene en cuenta la relevancia del interés público que es la causa principal de esta contratación, en materia tan sensible como la salud. Por ello, este Tribunal asume, como propia, la doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, que mantiene en su Resolución 263/2012, de 21 de noviembre de 2012, que *«aún siendo técnicamente mejorable la motivación que figura en la resolución objeto de impugnación, ésta debe considerarse suficiente, en particular si se valora el contenido de la resolución impugnada en conjunto con el expediente de contratación, considerando que la motivación del desistimiento no debe necesariamente encontrarse en la resolución que lo acuerda sino que debe justificarse en el expediente tal y como señala el artículo 155.4 TRLCSP»*.

Además, en nuestro Acuerdo 17/2013, se declaró en relación a la potestad de desistimiento que *«implica una revisión o modificación del PCAP —o del PPT— en cuya decisión están presentes, tanto aspectos de legalidad como de oportunidad. De legalidad porque la decisión de desistir ha de estar amparada en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato (error en la determinación del objeto en este caso) o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación. Y de oportunidad, porque el acuerdo sobre desistimiento, fundado en el motivo expresado, corresponde adoptarlo unilateral y*



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

directamente al órgano de contratación, sin sujeción a procedimiento alguno. Es decir, en estos supuestos la Ley habilita al ente público contratante a que haga uso de la discrecionalidad en el sentido de darle la oportunidad, si lo estima conveniente, de poner fin al procedimiento. Pues todo ente adjudicador tiene cierta discrecionalidad para valorar si concurren las circunstancias que determinan el desistimiento del procedimiento licitatorio, ya que la contratación pública no constituye un fin público en si misma, sino en la medida que atiende a la finalidad de satisfacer un interés público. Pero siempre que respete un elemento reglado (como es propio de toda potestad discrecional), relativo a la necesidad de que concurra algún motivo de ilegalidad que afecte a las reglas sobre preparación del contrato o selección del contratista, y que dicha circunstancia quede reflejada y acreditada en el expediente».

En el informe del SALUD al recurso, que es un documento que se integra en el expediente, se justifica como uno de los motivos para el desistimiento lo siguiente:

«Si en aplicación del Acuerdo del TACPA y según lo solicitado por AVERICUM, se anula la exigencia de autorización administrativa en la fase de solvencia, se están modificando las condiciones de acceso a la licitación inicialmente exigidas en los pliegos.

La exigencia de esa autorización administrativa para poder licitar, ha podido eliminar las posibilidades de acceso al contrato de operadores que, en ausencia de esa limitación, estarían en condiciones de ofrecer satisfactoriamente la prestación requerida, actuando por tanto como barrera de entrada y vulnerando el principio de competencia.

Este órgano de contratación se ratifica en que la modificación de los requisitos de solvencia acordados por el TACPA, suponen un reconocimiento de un error material producido en la fase de



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

preparación del contrato que no es posible subsanar sino con el desistimiento del mismo y la nueva formulación tanto de los requisitos de solvencia como de la adecuación de la tipificación y por ende del régimen jurídico del contrato».

Considera este Tribunal, a la vista de lo que se informa por el SALUD en la respuesta a este recurso —y que aclara esta causa del desistimiento—, que la exigencia de un requisito de solvencia técnica no previsto en el TRLCSP sí constituye un motivo justificado de desistimiento de la licitación, habiendo declarado la invalidez de una licitación y la anulación de la misma por la exigencia en los Pliegos de una solvencia no ajustada a las reglas que la regulan, o desproporcionada (Acuerdos 2/2011 y 54/2013, de este Tribunal). Es más, éste es, en puridad, el único motivo que permite considerar válida la resolución impugnada, dado que queda afectado el principio de concurrencia y, por ello, el de eficiencia.

Por todo lo anterior, la exigencia de la autorización administrativa como requisito de solvencia sí debe ser considerada infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato, en tanto tuvo un efecto limitativo a la concurrencia, subsumible por ello dentro de los supuestos del artículo 155.4 TRLCSP.

Este motivo del desistimiento obliga, claro está, a que el SALUD determine la compensación a los licitadores a que se refiere el artículo 155.4 TRLCSP; apruebe unos nuevos pliegos, con la debida celeridad y diligencia, en los que se ajuste la licitación a las necesidades de la prestación; y se fije una solvencia adecuada que facilite, como se dice en el Informe, una mayor concurrencia entre las empresas del sector. Licitación a la que lógicamente podrá concurrir, en condiciones de igualdad, la empresa recurrente AVERICUM.



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

En consecuencia, procede admitir este motivo de desistimiento, siendo causa suficiente, por su relevancia e incidencia en la licitación, para desestimar el recurso especial interpuesto.

SEXTO.- Por último, aunque ya con carácter incidental, procede analizar si existe o no un vicio de desviación de poder, alegado por AVERICUM. La jurisprudencia ha examinado en numerosas ocasiones los requisitos para el reconocimiento de la existencia de la desviación de poder. A este respecto basta con señalar que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, existe desviación de poder cuando una Institución ejerce sus competencias con el fin exclusivo, o al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso (véase en particular la Sentencia de 12 de noviembre de 1996, Reino Unido/Consejo, apartado 69; o la más reciente Sentencia de 16 abril 2013, Reino de España).

Ninguno de estos elementos se observan en la decisión recurrida, por lo que no puede concluirse que exista desviación de poder del SALUD — que, en todo caso, debe probar quien la alega—, sino más bien una indebida valoración de la situación, derivada de una incorrecta tipificación inicial, declarada por nuestro Acuerdo 52/2013, que ha obligado a reconsiderar la adecuación jurídica de determinadas prácticas anteriores. La singularidad de la actuación, *per se*, no supone desviación de poder. Por lo demás, no se aprecia la desviación teleológica en la actividad administrativa desarrollada, sino más bien lo contrario, ya que para la decisión se solicitó un informe jurídico a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATOS PÚBLICOS DE ARAGÓN

Autónoma de Aragón —Informe 2/2014— por estimar que se trataba de una cuestión jurídicamente controvertida.

Por supuesto, no existirá desviación de poder en tanto se cumplan las obligaciones, advertidas por este Tribunal, que conlleva el desistimiento en relación a las exigencias que la nueva licitación debe cumplir.

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.- Desestimar el recurso especial interpuesto por D. Francisco Javier Artilles Camacho en nombre y representación de AVERICUM, S.L, contra la Resolución de 30 de diciembre de 2013 por la que se acuerda el desistimiento de la licitación 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.- 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

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

CUARTO.- El 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.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.