

Recurso 256/2020

Resolución 414/2020

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA
JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 26 de noviembre de 2020

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CENTRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO POR LA IMAGEN, S.L. (CEMEDI)** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio para la realización de estudios de resonancia nuclear magnética a los pacientes beneficiarios de la asistencia prestada por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves, Hospital Universitario San Cecilio y Hospital Santa Ana de Motril”, convocado por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 432/2020), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 18 de agosto de 2020, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta resolución.

El valor estimado del contrato asciende a 7.981.740 euros.

SEGUNDO. A la presente licitación le es de aplicación la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

TERCERO. El 8 de septiembre de 2020, tuvo entrada en el Registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por CEMEDI contra los pliegos de la contratación referida. Del citado escrito se dio traslado al órgano de contratación mediante oficio de la Secretaría de este Tribunal del mismo día 8 de septiembre, en el que se le reclamaba, igualmente, el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones oportunas sobre la medida cautelar solicitada y el listado de licitadores en el procedimiento con los datos necesarios a efectos de notificaciones.

El requerimiento de documentación hubo de ser reiterado al órgano de contratación mediante oficio de 1 de octubre de 2020, recibándose la misma al día siguiente.

CUARTO. El 1 de octubre de 2020, este Tribunal dictó resolución adoptando la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. Mediante escritos de 6 de noviembre de 2020, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas formulado en plazo CENTRO DE DIAGNÓSTICO GRANADA, S.A.U. y la UTE SAS GRANADA 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.



SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de los restantes motivos de admisión, procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el artículo 48 de la LCSP establece que «*Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso.*».

En el supuesto examinado, la recurrente funda su legitimación en la afirmación de que las bases de la licitación restringen sus posibilidades de acceder a la licitación. Es por ello que, sin perjuicio de lo que después se argumentará, *a priori* debe reconocérsele legitimación para recurrir.

TERCERO. El recurso se interpone contra los pliegos que rigen la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros y pretende celebrar un ente del sector público con la condición de Administración Pública, por lo que el recurso es procedente de conformidad con lo estipulado en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 50.1 b) de la LCSP establece que “*El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles. Dicho plazo se computará:*

b) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya publicado en el perfil de contratante el anuncio de licitación, siempre que en este se haya indicado la forma en que los interesados pueden acceder a ellos. Cuando no se hiciera esta indicación el plazo comenzará a contar a partir del día siguiente a aquel en que se le hayan entregado al interesado los mismos o este haya podido acceder a su contenido a través del perfil de contratante”.



El anuncio de licitación fue publicado el 18 de agosto de 2020 en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía, facilitando el mismo el acceso a los pliegos y demás documentación objeto del presente recurso. Así pues, el recurso presentado el 8 de septiembre de 2020 en el Registro de este Tribunal se ha interpuesto en el plazo legal.

QUINTO. Analizada la concurrencia de los requisitos de admisión del recurso, procede su examen. CEMEDI solicita la anulación de los pliegos impugnados para que, previa retroacción del procedimiento al momento anterior a su aprobación, se proceda a la redacción de nuevos pliegos que cumplan las prescripciones legales.

Con carácter previo, hemos de señalar que mediante la Resolución 49/2020, de 17 de febrero, este Tribunal estimó el recurso especial 320/2019 interpuesto por la misma recurrente contra los pliegos rectores de un contrato de servicios con el mismo objeto que el presente. Tras la citada anulación, se aprueban los pliegos que ahora son objeto de esta nueva impugnación.

Dos son los motivos que esgrime la recurrente y que se analizarán en este fundamento de derecho y en los siguientes.

En primer lugar, CEMEDI impugna los apartados 2 y 3 del pliego de prescripciones técnicas (PPT) respecto al contenido, idéntico en ambos, de que *“El licitador debe aportar una memoria descriptiva de carácter funcional de las instalaciones que oferta, con copia compulsada de los planos de las mismas.*

Dichas instalaciones de carácter fijo, así como su equipamiento correspondiente debe estar ubicado en la localidad donde se vaya a prestar servicio, al menos en el momento de presentación de la oferta y durante la vigencia del contrato. Al menos existirán ubicaciones físicas en las localidades de Granada capital y Motril”.

Sostiene que ambos apartados han sido configurados como requisitos básicos de admisión a la licitación, limitando la libre concurrencia y vulnerando el principio de igualdad de trato al beneficiar de manera injustificada a los licitadores que dispongan de un centro ubicado en el lugar de prestación del servicio.

Afirma que tales cláusulas del PPT suponen un supuesto de arraigo territorial sin motivación alguna en el expediente y una infracción de lo dispuesto en el artículo 126 de la LCSP referido a que las prescripciones



técnicas proporcionarán acceso a los licitadores en condiciones de igualdad y no tendrán por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de la contratación pública a la competencia.

En su informe al recurso, el órgano de contratación opone que el 11 de septiembre de 2020, tras advertir error material en el PPT, publicó en el perfil de contratante resolución de rectificación del error material padecido en el apartado 2 del citado pliego, para que donde dice *“Dichas instalaciones de carácter fijo, así como su equipamiento correspondiente debe estar ubicado en la localidad donde se vaya a prestar servicio, al menos en el momento de presentación de la oferta y durante la vigencia del contrato”*, deba decir: *“(…) Dichas instalaciones de carácter fijo, así como su equipamiento correspondiente debe estar ubicado en la localidad donde se vaya a prestar servicio a partir del inicio de ejecución de los contratos y durante la vigencia de los mismos”*.

Esgrime que esta resolución de corrección de errores no deja sin efecto los pliegos, pues en la memoria justificativa, económica y de necesidades para la contratación del servicio ya se recogía el contenido del apartado 2 del PPT en el sentido en el que posteriormente fue corregido. Concluye, pues, que la jurisprudencia pone el acento en la posibilidad de corregir el error material sin alterar el tenor de la resolución o acto administrativo en que se produce aquel.

Finalmente, las entidades interesadas formulan alegaciones al recurso en los términos que constan en sus respectivos escritos y que obrando en el expediente damos aquí por reproducidos.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede su examen. Ciertamente el contenido de los apartados 2 y 3 del PPT objeto de impugnación establece que *“Dichas instalaciones de carácter fijo (refiriéndose a las ofertadas), así como su equipamiento correspondiente debe estar ubicado en la localidad donde se vaya a prestar servicio, al menos en el momento de presentación de la oferta y durante la vigencia del contrato. Al menos existirán ubicaciones físicas en las localidades de Granada capital y Motril.”*

No obstante, tres días después de la interposición del recurso, el 11 de septiembre de 2020, se publicó en el perfil de contratante resolución de rectificación del error material advertido en el apartado 2 del PPT, que se corrige con el siguiente tenor: *“(…) Dichas instalaciones de carácter fijo, así como su equipamiento correspondiente debe estar ubicado en la localidad donde se vaya a prestar servicio a partir del inicio de ejecución de los contratos y durante la vigencia de los mismos”*.



En este sentido, debe tenerse en cuenta que la memoria justificativa, económica y de necesidades -obrante en el expediente remitido al Tribunal y publicada en el perfil- indica que *“Los centros o instalaciones de carácter fijo, así como su equipamiento correspondiente deberán estar ubicados en los municipios de Granada y Motril, a partir del inicio de ejecución de los contratos y durante la vigencia de los mismos”* y que la presente convocatoria de licitación y los pliegos aprobados traen causa, como se indica en la citada memoria, de la Resolución 49/2020, de 17 de febrero, de este Tribunal que precisamente estimó el recurso interpuesto por la actual recurrente contra los pliegos de la misma contratación, declarando en su fundamento de derecho sexto que *“Debe, pues, estimarse este primer motivo del recurso y anular las cláusulas 2 y 3 del PPT en cuanto disponen que las instalaciones y su equipamiento estén ubicadas en la localidad en el momento de presentación de las ofertas.”*

Así las cosas, los apartados 2 y 3 del nuevo PPT -en cuanto mantienen la redacción originaria de los pliegos anulados, en contradicción con la nueva memoria justificativa que sí contiene una nueva redacción tras el dictado y notificación de la Resolución 49/2020 de este Tribunal estimatoria del recurso contra esos mismos apartados del PPT primitivo-, evidencian la existencia de error material en su contenido en el sentido que sostiene la jurisprudencia del Tribunal Supremo y por todas, la Sentencia de 19 de abril de 2012 (RJ 2012\6001), al catalogarlo como error ostensible, manifiesto, indiscutible y evidente por sí mismo sin necesidad de mayores razonamientos, apreciable teniendo en cuenta exclusivamente los datos del expediente administrativo en el que se advierte. Por tal razón, la modificación del PPT resultaría posible tras su aprobación para corregir el citado error, tal y como prevé el artículo 124 de la LCSP.

En cualquier caso y esto es lo relevante a efectos de la resolución de este primer alegato, la rectificación del error advertido en el apartado 2 del PPT y su publicación en el perfil con posterioridad a la aprobación de los pliegos y anuncio de la convocatoria de licitación, determina que el contenido de la cláusula impugnada no sea el que la misma tiene en la actualidad. Ello supone la pérdida sobrevenida del objeto del recurso tal y como viene sosteniendo reiteradamente este Tribunal en sus resoluciones. Así, en la Resolución 326/2020, de 8 de octubre, sosteníamos, ante un supuesto similar al aquí planteado, que *“<<(...) el Anexo impugnado no es el que efectivamente rige ahora en la licitación, toda vez que el 3 de febrero de 2020 el órgano de contratación dictó resolución, que se publicó en el perfil al día siguiente, acordando “Rectificar el error material en los Anexos I, II y VII del Pliego de Prescripciones Técnicas (...) y sustituirlos por los Anexos I, II y VII correctos publicados con dicha resolución”*.”



Ello determina una falta de identidad entre el contenido recurrido en el Anexo VII y el que actualmente resulta aplicable, lo que aboca a la pérdida sobrevenida del objeto del recurso respecto al motivo aquí examinado. Sobre la inadmisión del recurso por pérdida sobrevenida del objeto existe doctrina reiterada de este Tribunal y del resto de Órganos de resolución de recursos contractuales. Entre las más recientes, cabe citar las Resoluciones 271/2020 de 30 de julio, 277/2020 de 6 de agosto y 302/2020, de 10 de septiembre”.

Lo aquí expuesto es trasladable también al error padecido en el apartado 3 del PPT dada la igualdad de su contenido con el apartado 2 rectificado y ello, aun cuando el órgano de contratación no haya extendido expresamente a aquel la rectificación operada en el apartado 2 del citado pliego. En tal sentido, la cuestionable diligencia habida en el ámbito de la Administración contratante -primero al modificar la memoria justificativa en cumplimiento de la Resolución 49/2020 de este Tribunal y mantener, en cambio, la redacción originaria de los dos apartados del PPT anulados en la citada resolución; y segundo, al rectificar posteriormente uno solo de dichos apartados con olvido del otro de contenido idéntico- no puede alterar la realidad del error apreciado ni la evidencia del descuido padecido, no mereciendo mayor debate jurídico la constatación de que la literalidad del contenido del apartado 3 del PPT impugnado tampoco es la que rige ya en el marco de la nueva licitación, a la luz de lo aquí expuesto y argumentado.

Procede pues, inadmitir este primer motivo del recurso por pérdida sobrevenida de su objeto.

SÉPTIMO. En un segundo y último motivo, CEMEDI insta la anulación de los pliegos por indebida calificación del contrato, entendiendo que este responde a la naturaleza de una concesión de servicios y no de un servicio como así disponen aquellos.

Tras realizar un extensa argumentación jurídica sobre la cuestión, concluye que la calificación correcta es la de concesión de servicios al existir transferencia al contratista del riesgo de la explotación, y ello por las siguientes razones:



- No se establece una retribución cierta sino variable que dependerá del grado de utilización del servicio. En los pliegos se fija una estimación de las necesidades diagnósticas de los pacientes a los que va dirigido el servicio, sin que haya garantía de un número mínimo de prescripciones.

- Existe riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación, así como riesgo de incurrir en responsabilidad por el posible perjuicio causado a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio.

- Se establecen penalizaciones por incumplimiento de plazos o por ejecución defectuosa -lo que supone un claro indicio de que el contratista asume el riesgo y ventura del contrato y de que el beneficio obtenido dependerá de la calidad del servicio que preste- y la posibilidad de modificación del contrato lo cual supone también la asunción de un riesgo.

- La entidad adjudicataria asume la organización del servicio. No es un mero elemento auxiliar y complementario de una organización previamente creada, sino que crea y gestiona la misma; prueba de ello es que el funcionamiento del centro se configura como criterio de adjudicación, valorándose el modelo organizativo propuesto en cuanto a horarios y aportación de recursos materiales y humanos.

El órgano de contratación, en su informe al recurso y las entidades interesadas, en sus escritos de alegaciones, se oponen a este motivo del recurso defendiendo la correcta calificación del contrato como de servicios. Asimismo, uno y otras ponen de manifiesto que la recurrente, en el recurso previo interpuesto contra los mismos pliegos, no impugnó la calificación del contrato que asumió como correcta. En concreto, las entidades interesadas se apoyan en la doctrina de los actos propios para oponer que no puede aprovechar la recurrente la modificación de los pliegos efectuada tras la estimación de su anterior recurso, para impugnar lo que entonces consintió, pretendiendo ahora rebatir la calificación de un contrato que antes sí le valió y admitió.

Expuestas, en síntesis, las alegaciones de las partes, procede su examen.

En primer lugar, hemos de analizar si concurre interés legítimo en la recurrente a la hora de impugnar la calificación jurídica del contrato. Como indicamos en nuestra reciente Resolución 314/2020, de 17 de



septiembre, <<(…) en numerosas resoluciones de este Tribunal (entre otras, las 82/2017, de 28 de abril, 331/2018, de 27 de noviembre, 337/2018, de 30 de noviembre y 342/2018, de 11 de diciembre) se ha analizado el concepto de interés legítimo y por ende, la legitimación activa para la interposición del recurso.

En ellas se señala, con invocación de doctrina del Tribunal Supremo, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

Sobre esta base jurisprudencial, lo que procede determinar es si la recurrente con motivo del recurso interpuesto puede obtener un beneficio o evitar un perjuicio, resultando evidente que la evitación del perjuicio o la obtención del beneficio no puede perseguir otra finalidad, en el caso del recurso especial, que la de permitir la participación en la licitación en condiciones de igualdad con el resto de licitadores -en el caso de recurso contra los pliegos- o la de eliminar el obstáculo que impida continuar en el proceso selectivo y/o alcanzar la adjudicación del contrato; sin perder de vista que en cualquiera de dichos casos el interés que legitima para acudir a esta vía especial de impugnación es, en última instancia, el interés en conseguir la adjudicación del contrato.

En definitiva, como quiera que el artículo 48 de la LCSP anteriormente transcrito, pese a su amplitud, no reconoce legitimación para el ejercicio de la acción pública a través del recurso especial, si la entidad recurrente no pudiera resultar en modo alguno adjudicataria del contrato licitado y/o ni siquiera persiguiese concurrir a la licitación, procedería la inadmisión de aquel por falta de legitimación >>.

Pues bien, en el escrito de recurso, CEMEDI funda su legitimación en que su actividad principal tiene relación con la prestación de los servicios médicos objeto del contrato y en que los pliegos restringen sus posibilidades de acceder a la licitación. La primera afirmación -coincidencia de su objeto social con el de los pliegos- es un argumento esgrimible para defender la posibilidad de participar en una licitación, pero resulta notoriamente insuficiente para, por sí solo, otorgar legitimación en un recurso frente a aquella.



En cambio, la segunda afirmación -consistente en que los pliegos restringen las posibilidades de acceder a la licitación- sí es un argumento válido para impugnar las cláusulas que impidan o restrinjan dicho acceso en condiciones de igualdad, pero no basta con realizar tal afirmación como si de una “cláusula de estilo” se tratase, sino que hay que fundamentarla en cada caso.

Este Tribunal, a la vista del contenido del recurso -y pese a que CEMEDI no ha justificado en puridad la restricción o impedimento en el acceso que le provocan las cláusulas impugnadas-, ha admitido su legitimación respecto al primer alegato interpretando que tales obstáculos existían *a priori* objetivamente.

La anterior labor, que es propia de los recurrentes a quienes compete acreditar su interés legítimo según la doctrina expuesta, suele efectuarla el Tribunal cuando constata que el contenido impugnatorio revela con claridad, tratándose de los pliegos, aquellas dificultades o impedimentos. En cambio, tratándose del motivo del recurso analizado en este fundamento de derecho (calificación jurídica del contrato), no es admisible que el Tribunal tenga que “adivinar” cuál es el interés legítimo que asiste a la recurrente en su impugnación, pues nada dice CEMEDI al respecto; se desconoce, pues, en qué aspectos puede perjudicarle la calificación jurídica del contrato que efectúan los pliegos o, a la inversa, en qué puede beneficiarle que el contrato se configure como concesión de servicios. Tampoco se atisba a deducir en qué medida esa calificación jurídica que impugna le ha impedido o limitado participar en la licitación.

Es obvio que, en este caso, el interés legítimo no ha sido acreditado por CEMEDI ni expresa ni tácitamente. El contenido de su recurso en el motivo analizado es un análisis estrictamente jurídico de las diferencias entre las dos figuras contractuales en pugna (servicios y concesión de servicios), sin mostrar disconformidad alguna con ninguna cláusula de los pliegos, ni indicar el perjuicio cierto que pudieran depararle de cara a participar en la licitación o incluso en una hipotética ejecución del contrato.

Llegados a este punto, hemos de concluir que el interés de CEMEDI es un puro interés en defensa de la legalidad que no tiene cabida en el ámbito del recurso especial de acuerdo con el artículo 48 de la LCSP, precepto que pese a su amplitud en el reconocimiento de legitimación, exige un interés legítimo vinculado a la existencia de un perjuicio directo o indirecto ocasionado por el acto recurrido. Dice así su primer párrafo: *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos*



derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

Debe concluirse, pues, que no queda acreditada la legitimación de CEMEDI para impugnar los pliegos en cuanto a la calificación jurídica que hacen del contrato.

Asimismo, no cabe pasar por alto que los pliegos ahora impugnados traen causa de otros anteriores con el mismo objeto y similar clausulado, donde el contrato se calificaba igualmente como servicio y no como concesión de servicios.

Esos pliegos -de los que traen causa los ahora recurridos- fueron anulados por este Tribunal en su Resolución 49/2020, estimatoria del recurso interpuesto por la misma recurrente; no obstante, en aquel caso CEMEDI no cuestionó la calificación jurídica del contrato asumiendo la naturaleza de la prestación como propia de un contrato de servicios, impugnándola ahora cuando nada ha cambiado en unos y otros pliegos en este particular extremo.

Así las cosas, es obvio que, bien invocando la doctrina del acto firme y consentido apreciada por este Tribunal en supuestos similares al planteado (v.g: Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre y 94/2016, de 6 de mayo, entre otras), bien la denominada doctrina de los actos propios consistente en la vinculación del autor de una declaración de voluntad al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, el motivo debe ser inadmitido.

La argumentación de las Resoluciones 408/2015, de 4 de diciembre y 94/2016, de 6 de mayo, de este Tribunal ha sido, en síntesis, la siguiente:

1. Si un licitador pudo impugnar determinadas cláusulas de un pliego y no lo hizo, no puede hacerlo con ocasión del nuevo pliego que se apruebe como consecuencia de haber sido anulado el primero, pues el contenido de aquellas cláusulas quedó ya firme.
2. Si fuese permitido el anterior proceder de los interesados, es decir, si se admitiera un nuevo recurso contra cláusulas que no fueron impugnadas en un primer recurso contra el pliego y que vuelven a tener el



mismo contenido en el pliego posterior que es reproducción parcial de aquel, dicho clausulado nunca adquiriría firmeza y su plazo de impugnación no precluiría, lo que no puede admitirse por elementales razones de seguridad jurídica, principio que es de alcance constitucional y se consagra en el artículo 9.3 de la Constitución.

3. No es admisible el recurso especial frente a cláusulas de un nuevo pliego que no fueron impugnadas con ocasión del recurso contra el anterior pliego anulado, tal como establece para los recursos jurisdiccionales el artículo 28 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa : *“No es admisible el recurso contencioso- administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma”*.

4. La Sentencia del Tribunal Constitucional 24/2003, de 10 de febrero, resulta ilustrativa al respecto y zanja cualquier duda sobre esta materia al señalar que *“los actos confirmatorios –al igual que ocurre con los reproductorios a los que se refiere también el precepto legal que estamos examinando– no son en realidad actos nuevos, sino que se limitan a reiterar lo ya declarado en otra resolución anterior que es firme, por lo que, si se permitiera la impugnación de este tipo de actos, se estarían recurriendo en realidad actos que no son susceptibles de recurso. En definitiva, las mismas razones de seguridad jurídica que justifican la preclusividad de los plazos procesales son las que justifican que dichos plazos no puedan reabrirse forzando la producción de un acto cuyo contenido es el mismo que otro anterior que es firme por no haber sido recurrido en tiempo o forma. (...) dicho acto, como se ha indicado, no es un acto nuevo, sino que se limita a reiterar el contenido de otro anterior que, en su momento, pudo ser impugnado.”* .

En el supuesto enjuiciado, aplicando la doctrina expuesta en estas resoluciones del Tribunal, no puede CEMEDI impugnar la calificación jurídica del contrato en los nuevos pliegos cuando consintió tal calificación jurídica en los anteriores de los que aquellos traen causa y sin haberse alterado en modo alguno las condiciones de la primera licitación en este particular extremo. El clausulado que conforma la prestación como de servicios quedó firme al no ser combatido en el primer recurso de CEMEDI, sin que ahora pueda ser cuestionado por esta. Ello determina la inadmisión del recurso respecto al motivo analizado en este fundamento.



Y a la misma consecuencia -inadmisión del motivo- se llega acudiendo a la doctrina de los actos propios, plasmada en el aforismo latino *“Venire contra factum proprium non valet”* y a la que se refiere la Sentencia 73/1998, de 21 de abril, del Tribunal Constitucional cuando señala que *“(…) la llamada doctrina de los actos propios o regla que decreta la inadmisibilidad de venire contra factum proprium, surgida originariamente en el ámbito del Derecho privado, significa la vinculación del autor de una declaración de voluntad generalmente de carácter tácito al sentido objetivo de la misma y la imposibilidad de adoptar después un comportamiento contradictorio, lo que encuentra su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y la regla de la buena fe que impone el deber de coherencia en el comportamiento y limita por ello el ejercicio de los derechos subjetivos.”*.

Asimismo, la reciente Sentencia núm. 20/2020 del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 15 de enero de 2020 [Roj: STS 54/2020] señala que *“<<En la STS de 19 de marzo de 2007 (RC 6169/2001) hemos recordado que tanto la doctrina del Tribunal Constitucional, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, consideran que el principio de buena fe protege la confianza que fundadamente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno e impone el deber de coherencia en el comportamiento propio. Lo que es tanto como decir que dicho principio implica la exigencia de un deber de comportamiento que consiste en la necesidad de observar de cara al futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever y aceptar las consecuencias vinculantes que se desprenden de los propios actos, constituyendo un supuesto de lesión a la confianza legítima de las partes “venire contra factum proprium”>>*.

A la vista de la doctrina expuesta, teniendo en cuenta que el primer recurso de CEMEDI contra los pliegos rectores de la contratación no cuestionaba en modo alguno la calificación jurídica del contrato, la recurrente debió observar en el segundo recurso la conducta que esa actuación anterior hacía prever, es decir, que no iba a esgrimir un motivo nuevo que pudo deducir en la primera impugnación, pero no lo hizo.

Procede, pues, inadmitir también el motivo analizado de conformidad con las doctrinas expuestas.

La inadmisión del recurso por las causas expresadas, hace innecesario abordar el fondo de la cuestión suscitada. No obstante, a mayor abundamiento, hemos de indicar que la misma tampoco habría



prosperado y que la calificación jurídica del contrato efectuada en los pliegos (servicios) resulta correcta al no existir en la prestación proyectada transferencia de riesgo operacional al contratista, elemento este definidor de la concesión de servicios (artículo 15.2 de la LCSP) que no concurre en el contrato de servicios.

Al respecto, resulta ciertamente ilustrativo el Preámbulo de la nueva LCSP al señalar lo siguiente:

“En lo que respecta a los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios, merece destacarse que en ambas figuras necesariamente debe haber una transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, delimitándose en el artículo 14 de la Ley, en línea con lo establecido en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión, los casos en que se considerará que el concesionario asume dicho riesgo operacional.

Por otra parte, como es sabido, el contrato de gestión de servicios públicos hasta la regulación de esta Ley era un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implicaba que mediante este contrato, la Administración le encomendaba a un tercero, el empresario (normalmente, el concesionario), que gestionase un determinado servicio público. El que gestionaba el servicio, por lo tanto, era el empresario o el concesionario, por lo que en todo lo relativo a la utilización del servicio suponía el establecimiento de una relación directa entre el concesionario y el usuario del mismo.

Por ello, en la medida en que el que gestionaba el servicio público y, por tanto, se relacionaba con el usuario era el concesionario, era preciso determinar previamente el régimen jurídico básico de ese servicio, que atribuyera las competencias y determinara las prestaciones a favor de los administrados. Igualmente había que establecer que la actividad que realizaba el concesionario quedaba asumida por la Administración respectiva, puesto que no era la Administración la que prestaba directamente ese servicio.

En definitiva, había dos tipos de relaciones, la que se establecía entre la Administración y el empresario, concesionario, que era contractual (contrato de gestión de servicios públicos), y la que se establecía entre el concesionario y el usuario del servicio, que se regulaba por la normativa propia del servicio que se prestaba.

Por el contrario, en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba, y, por tanto, se relacionaba con el usuario era la Administración, quien, en



el caso de insuficiencia de medios, celebraba un contrato (contrato de servicios), con un empresario particular.

Pues bien, en este esquema incide la regulación de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Para esta Directiva el criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios es, como se ha dicho antes, quién asume el riesgo operacional. En el caso de que lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios. Por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Este criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.

Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar. Por ello, se ha introducido un artículo, el 312, donde se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.

Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contratos de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se le denominan contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de los ciudadanos”.



En el supuesto analizado, conforme al apartado 1 del PPT, estamos en presencia de un contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de los ciudadanos. Dice así el citado apartado *“El presente Pliego de Prescripciones Técnicas tiene por objeto definir y regular el alcance y condiciones del Servicio de Resonancia Magnética con fines diagnósticos, con destino a pacientes atendidos por el Servicio Andaluz de Salud en los centros integrados en la Plataforma Provincial de Logística Sanitaria de Granada que más adelante se detallan, con carácter subsidiario a los dispositivos propios, en régimen ambulatorio, y en las condiciones previstas en el presente Pliego, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, y sus respectivos anexos.*

- Hospital Universitario Virgen de las Nieves.

- Hospital Universitario San Cecilio.

- Hospital Santa Ana de Motril.

Constituye el objeto del presente contrato, la realización de estudio de resonancia nuclear magnética (en adelante RM) por paciente, considerando dicho estudio como el total de exploraciones realizadas a un paciente en una única cita. Se considerará incluido en el mismo estudio aquellas exploraciones realizadas en otra cita que se efectúen como consecuencia de una exploración concluida que haya resultado defectuosa o inconclusa.(...)”

Asimismo, la prestación configurada en los pliegos no supone transferencia de riesgo operacional al contratista en el sentido definido en el artículo 14.4 de la LCSP *“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”* .

Al respecto, en los pliegos impugnados se define el presupuesto de licitación, los precios unitarios por estudios y el volumen de actividad anual estimado por lotes (número de resonancias anuales) en función de la ubicación de los centros o instalación. De este modo, la entidad adjudicataria será retribuida conforme a los precios unitarios que haya ofertado y en función de los estudios realizados a los pacientes cuyo número ha sido previamente estimado en los pliegos y, como quiera que la prestación del servicio público se hace con carácter universal, ello permitirá tener por garantizado un elevado nivel de demanda de servicios en



porcentajes que cabe presumir próximos a las estimaciones reflejadas en el PPT. Además, dadas las características del servicio, la demanda vendrá determinada por estrictos factores de necesidad diagnóstica y es descartable que reaccione elásticamente en función de la mayor o menor calidad en la prestación de sus servicios por el adjudicatario.

Aparte de lo anterior, tampoco se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues el PPT contiene detalle de indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por la adjudicataria y por sus instalaciones para la adecuada prestación del servicio, lo cual abunda en la idea de que aquella no sustituye propiamente a la Administración en la gestión del servicio público de su competencia, sino que se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.

Por último, el régimen de responsabilidad por daños a terceros, así como las penalidades y la modificación contractual a que se refieren los pliegos impugnados -y que la recurrente resalta en su escrito para argumentar la presencia de una concesión de servicios- son elementos consustanciales a cualquier contrato público, careciendo de toda entidad para definir la transferencia de riesgo operacional al contratista en el sentido legal expuesto.

En definitiva, pues, no asume la entidad adjudicataria más riesgo que el común a cualquier contrato, perfectamente incardinable en el principio de riesgo y ventura consagrado en el artículo 197 de la LCSP *“La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista (...)”*; todo lo cual nos lleva a concluir que la calificación jurídica del contrato como de servicios es ajustada a derecho y que, de no concurrir las causas de inadmisión del alegato esgrimido por CEMEDI, este habría sido, igualmente, desestimado.

Con base en todas las consideraciones realizadas, recurso debe ser inadmitido en sus dos motivos.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal



ACUERDA

PRIMERO. Inadmitir el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CENTRO MÉDICO DE DIAGNÓSTICO POR LA IMAGEN, S.L. (CEMEDI)** contra los pliegos que rigen el contrato denominado “Servicio para la realización de estudios de resonancia nuclear magnética a los pacientes beneficiarios de la asistencia prestada por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves, Hospital Universitario San Cecilio y Hospital Santa Ana de Motril”, convocado por el Hospital Universitario Virgen de las Nieves de Granada, adscrito al Servicio Andaluz de Salud (Expte. 432/2020), por la concurrencia de las causas expresadas en los fundamentos de derecho sexto y séptimo de esta resolución.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 1 de octubre de 2020

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

CUARTO. Notificar la presente resolución a las partes interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

