



Roj: STS 4904/2014 - ECLI:ES:TS:2014:4904
Id Cendoj: 28079130072014100381
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 7
Nº de Recurso: 1768/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: RECURSO CASACIÓN
Ponente: JOSE DIAZ DELGADO
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Noviembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Séptima por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación nº 1768/2013, interpuesto, de una parte, por el GOBIERNO DE CANARIAS, representado por el letrado de su Servicio Jurídico, y, de otra, por la mercantil GESTIÓN DE SERVICIOS PARA LA SALUD Y LA SEGURIDAD EN CANARIAS, S.A., representada por la procuradora doña Flora Toledo Hontiyuelo, contra la sentencia dictada el 25 de enero de 2013 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, recaída en el recurso nº 75/2009, promovido contra el resultado de la calificación de la documentación general presentada en los sobres nº 1 del concurso para la prestación del transporte sanitario terrestre mediante ambulancias de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado y ambulancias sanitizadas para las zonas de Gran Canaria y Tenerife

Se ha personado, como recurrida, la mercantil AEROMÉDICA CANARIA, S.L., representada por el procurador don Daniel Bufala Balmaseda. Y MANUEL GUERRA CASTELLANO S.L., representada por la Procuradora Doña Marta Sanaguas Guisado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso nº 75/2009, seguido en la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, el 25 de enero de 2013, se dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *"FALLO: Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador D. Tomas Ramírez Hernández, en nombre y representación de la entidad mercantil AEROMÉDICA S.L., contra la Orden de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, mencionada en el Antecedente Primero, la cual anulamos, con retroacción de actuaciones al momento de apertura del Sobre 1º a los efectos de exclusión de la entidad mercantil Iscan Servicios Sociosanitarios Sociedad limitada por no haber quedado acreditada su solvencia, con las consecuencias jurídicas derivadas de la declaración de nulidad y de retroacción de actuaciones en el concurso. Sin pronunciamiento sobre las costas del proceso"*.

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

TERCERO.- Por escrito presentado el 21 de marzo de 2013, la procuradora doña Flora Toledo Hontiyuelo, en representación de Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, S.A., interpuso el recurso anunciado y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala que

"(...) previos los trámites legales oportunos, dicte en su día Sentencia que case y anule la citada Sentencia de 25 de enero de 2013 y dicte otra en su lugar por la que desestime el recurso interpuesto por la mercantil AEROMEDICA CANARIA, S.L., con imposición de costas a la parte contraria".

Por su parte, el letrado del Servicio Jurídico del Servicio Canario de la Salud del Gobierno de Canarias formalizó el suyo por escrito registrado el 11 de septiembre de 2013 en el que pidió a la Sala que proceda a estimar el recurso de Casación, y anular o revocar de la sentencia de instancia.

Don Daniel Bufala Balmaseda. En representación de la mercantil AEROMÉDICA CANARIA S.L., formalizó su oposición por escrito que tuvo entrada en este Tribunal en fecha 17 de febrero de 2014, en el que solicitó la desestimación de los recursos con condena en costas a los recurrentes.

CUARTO.- Se señaló para la votación y fallo el día 19 de noviembre de 2014, en que han tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida parte de la siguiente premisa fáctica: Por Orden de la Excma.Sra. Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de 18 de noviembre de 2008, se desestimó el recurso especial formulado por la entidad Aeroméutica Canaria Sociedad Limitada, contra el resultado de la calificación de la documentación general presentada en los sobres nº 1 del concurso para la prestación del transporte sanitario terrestre mediante ambulancias de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado y ambulancias sanitizadas para las zonas de Gran Canaria y Tenerife.

Contra dicha resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo por el Procurador D. Tomás Ramírez Hernández, en nombre y representación de la entidad mercantil AEROMÉDICA CANARIA SOCIEDAD LIMITADA, en cuya desmanda pidió la estimación del recurso a los siguientes efectos:

"a) Anular el acto impugnado acordando la retroacción de las actuaciones al acto de apertura del sobre primero y, al tiempo, la exclusión del licitador Iscan Transportes Sociosanitarios Sociedad Limitada.

b) Declarar la invalidez del contrato formalizado entre la Administración y la entidad Iscan Transportes Sociosanitarios Sociedad Limitada".

c) Condenar expresamente en costas a la Administración demandada y a los eventuales codemandados para el caso de oponerse a la demanda".

SEGUNDO.- La sentencia recurrida en su fundamento jurídico primero sostiene que el objeto del recurso contencioso-administrativo es la pretensión de que se declare nula o en su defecto se anule, la Orden de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, de 18 de noviembre de 2.008, que desestimó el recurso especial formulado por la entidad Aeroméutica Canaria Sociedad Limitada, contra el resultado de la calificación de la documentación general presentada en los sobres nº 1 del concurso público, mediante procedimiento abierto y trámite ordinario, para la prestación del transporte sanitario terrestre mediante ambulancias de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado y ambulancias sanitizadas para las zonas de Gran Canaria (Zona 1) y Tenerife (Zona 4), en el que figura como órgano de contratación la entidad Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias S.A, entidad de capital público de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La impugnación se basaba en haber admitido como licitadora a la entidad "Iscan Transportes Sociosanitarios S.L" (en adelante ISCAN), pese a quedar acreditado con la documentación presentada tras la apertura de los sobres, la falta de solvencia económica, financiera, técnica y profesional, así como la falta de capacidad de obrar respecto a la actividad que constituye el objeto del contrato.

En el proceso la parte reproduce los mismos argumentos que llevaron a la formulación del recurso especial. En cuanto a la pretensión de nulidad, se articula en base al artículo 32,1 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o, subsidiariamente, en base al artículo 33 por infracción de las reglas contenidas en la ley. La sentencia recurrida considera que no es aplicable el primero de los preceptos, en cuanto referido al adjudicatario, cuando el matiz del caso es que se impugna la Orden que dio respuesta al recurso especial en un momento temporal anterior: el de examen y calificación de la capacidad de obrar y de solvencia, en abstracto, de las empresas licitadoras.

TERCERO.- Como sostiene la sentencia recurrida en su fundamento jurídico quinto:

"(...) como punto de partida hay que advertir que esta Sala dictó sentencia el 29 de julio de 2.012 (PO nº 231/09) en recurso contencioso-administrativo seguido contra la Orden de 5 de febrero de 2009, de la Consejera de Sanidad del Gobierno de Canarias, por la que se desestimó el recurso especial de revisión formulado, con fecha 19 de diciembre de 2008, por la entidad Aeroméutica Canaria Sociedad Limitada (la

misma entidad aquí demandante) contra el acuerdo de adjudicación provisional de la Mesa de Contratación, relativo al lote 1, zona 1.

En dicha sentencia, que estimó la pretensión y anuló la adjudicación provisional con retroacción de actuaciones, se partió de la naturaleza, objeto y contenido del contrato, cuyo presupuesto superaba con creces la suma de 120.000 euros- y de que la contratación se fraccionó en lotes que se detallan en las prescripciones técnicas, constituyendo el objeto de cada lote una unidad funcional susceptible de realización independiente, y concluyó que "(..) según las propias bases del concurso, tenemos que el contrato impugnado tiene por objeto la prestación de servicios y que dicho objeto corresponde a la categoría 2 de las recogidas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público. Además, según leemos en otro lugar de las bases, el presupuesto del contrato supera con creces la suma de 120.000 euros.

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

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

Sin que a la anterior conclusión quepa oponer que las bases del concurso no exigen la clasificación del empresario, pues lo que ello trae consigo es la nulidad radical de tales condiciones rectoras (art. 32. b), en relación con el art. 51, LCSP), al vulnerar abiertamente la Ley de Contratos del Sector Público, que no respeta en materia tan relevante como la de garantizar la solvencia económica, financiera, técnica y profesional de los empresarios con los que la Administración se propone contratar la gestión de un servicio público más que esencial".

A dicha sentencia sucedió la dictada por esta Sala en apelación el 27 de diciembre de 2.012 (rollo de apelación 89/12) que confirmó la sentencia del Juzgado que había anulado el Acuerdo de la Presidenta de la entidad pública Gestión de Servicios para la Salud y Seguridad en Canarias, de fecha 11 de febrero de 2009, por el que se adjudicaron definitivamente a ISCAN los servicios de transporte sanitario terrestre, mediante ambulancia de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado y ambulancias sanitizadas para la Isla de Gran Canaria y Tenerife

En esta segunda sentencia la Sala confirma su conclusión sobre la necesidad de clasificación para acreditar la solvencia de las empresas licitadoras, sin que sea obstáculo a ello que el órgano de contratación sea una empresa de capital público con forma societaria,

Dijimos en dicha sentencia lo siguiente:

"En su tesis la entidad GSC, no es administración pública sino entidad del sector público y por ello la exigencia de clasificación sería potestativa. Sin embargo, en contra de ello, podemos señalar que el artículo 3.2.e) de la Ley de Contratos del Sector Público , afirma que tendrán la consideración de administraciones públicas: «Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

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

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

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la Sentencia de 10 de abril de 2008, nº C-393/2006 , 36 y 37 señala que « se entiende por "organismo de Derecho público" cualquier organismo que, en primer lugar, haya sido creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; en segundo lugar, esté dotado de personalidad jurídica propia y, en tercer lugar, cuya actividad esté financiada mayoritariamente por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a un control por parte de estos últimos, o que cuenten con un órgano de administración, de dirección o de vigilancia, de cuyos miembros más de la mitad sean nombrados por el Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público. Según la jurisprudencia del

Tribunal de Justicia, estos tres requisitos tienen carácter acumulativo (sentencia de 1 de febrero de 2001, Comisión/Francia, C-237/99, Rec. p. I-939, apartado 40 y la jurisprudencia citada)». Añade la Sentencia que el objetivo de las Directivas comunitarias en materia de adjudicación de contratos públicos es «excluir, en particular, la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico, el concepto de «organismo de Derecho público» debe recibir una interpretación funcional (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de diciembre de 2007, Bayerischer Rundfunk y otros, C-337/06, Rec. p. I-0000, apartados 36 y 37 y la jurisprudencia citada)»"

CUARTO.- Esta sentencia fue recurrida en casación y sobre dicho recurso recayó sentencia de fecha trece de enero de 2014, en cuyos fundamentos se dice lo siguiente:

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

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

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

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

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

Así, pues, todo se reduce en este litigio a determinar si una sociedad anónima de capital público de las características de GSC, es o no Administración Pública a efectos del artículo 54 de la Ley 30/2007 pues de la

respuesta a esa pregunta dependerá que proceda aplicar su apartado 1 o el apartado 5. O, si se prefiere, el carácter preceptivo o potestativo de la exigencia de la clasificación del empresario.

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

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

- a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.
- b) Los Organismos autónomos.
- c) Las Universidades Públicas.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Precepto que dice así:

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

Es considerado "organismo de Derecho público" cualquier organismo:

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

b) dotado de personalidad jurídica y

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre la primera, la demanda afirmaba la desproporción existente, de una parte, entre el volumen de negocio de ISCAN en 2007 --656.344,92 #- y sus fondos propios según las cuentas registradas de ese año --54.743,86 #- y, de otra parte, la cuantía del contrato: decía que ascendían a 51.040.863,57 # los servicios cuya adjudicación pretendió. Además, observaba, apoyándose en un dictamen elaborado por

AUREN CANARIAS AUDITORES, S.L., que "la solvencia de la entidad ISCAN es visiblemente pobre y adolece de un alto nivel de endeudamiento". Parecer éste que ratificaba el anterior de dos informes de AXESOR, uno económico-financiero y otro de predicción de riesgos. En definitiva, añadía la demanda, los fondos propios de ISCAN "lejos de acercarse al 20% del importe del contrato, representan el 0,10 % de la licitación". Por eso, concluía, no podía considerarse solvente.

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

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

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

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

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

Tal como hemos apuntado, la Orden de 5 de febrero de 2009 afronta de manera directa la cuestión de la solvencia económica y financiera de ISCAN y, de modo razonable, desvirtúa los motivos por los que se negaba al tiempo que aporta elementos desde los que afirmar que, efectivamente, tenía la necesaria para contratar con GSC. En esta tesitura, a la hora de decidir sobre las posiciones enfrentadas de las partes, la circunstancia de que la demanda se haya limitado a reiterar las alegaciones hechas ante la Administración desentendiéndose de las consideraciones que sirvieron para rechazar el recurso especial, añade a la fuerza de convicción de las razones dadas por las demandadas la renuncia de AEROMÉDICA a rebatirlas. Así, pues, cuestionados los presupuestos desde los que se emitieron los juicios técnicos utilizados por AEROMÉDICA y ofrecidos otros

según los cuales ISCAN contaba con suficiente solvencia económica y financiera, no encontramos demostrada la tesis de la demanda ni motivos para rechazar las explicaciones dadas por GSC y el Gobierno de Canarias.

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

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

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

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

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

En definitiva, debemos rechazar el recurso contencioso-administrativo.

QUINTO.- En el presente recurso se alegan idénticos motivos a los que sirvieron de fundamento a la sentencia antes transcrita, tratándose del mismo concurso, por lo que procede por unidad de doctrina y seguridad jurídica dar lugar al recurso de casación y dictar sentencia rechazando el recurso contencioso-administrativo, y a tenor de lo establecido por el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto,

FALLAMOS

1º.- Que ha lugar a los recursos de casación nº 1768/2013, interpuesto, de una parte, por el GOBIERNO DE CANARIAS, representado por el letrado de su Servicio Jurídico, y, de otra, por la mercantil GESTIÓN DE SERVICIOS PARA LA SALUD Y LA SEGURIDAD EN CANARIAS, S.A., representada por la procuradora doña Flora Toledo Hontiyuelo, contra la sentencia dictada el 25 de enero de 2013 por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de Gran Canaria, recaída en el recurso nº 75/2009, promovido contra el resultado de la calificación de la documentación general presentada en los sobres nº 1 del concurso para la prestación del transporte sanitario terrestre mediante ambulancias de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado y ambulancias sanitizadas para las zonas de Gran Canaria y Tenerife, que anulamos.

2º.- Que desestimamos el recurso nº 75/2009, promovido contra el resultado de la calificación de la documentación general presentada en los sobres nº 1 del concurso para la prestación del transporte sanitario



terrestre mediante ambulancias de soporte vital básico, ambulancias de soporte vital avanzado y ambulancias sanitizadas para las zonas de Gran Canaria y Tenerife.

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

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D^a Celsa Pico Lorenzo D. Jose Diaz Delgado D. Vicente Conde Martín de Hijas **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior Sentencia, por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Secretario, certifico

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ