

**Recursos 152/2016 y 186/2016****Resolución 249/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS  
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 14 de octubre de 2016

**VISTOS** los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por la entidad **CLÍNICA TORCAL, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la convocatoria del “Acuerdo marco por el que se establecen las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concierto, del servicio de Atención Temprana en Andalucía”, promovida por la Consejería de Salud (Expte.71/2016), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

**RESOLUCIÓN****ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El 20 de mayo de 2016, fue publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía n.º 98 el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 27 de mayo de 2016 en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.



El valor estimado del acuerdo marco ascendía a 29.121.120,00 euros.

**SEGUNDO.** El 13 de junio de 2016, la entidad CLÍNICA TORCAL, S.L. presentó en el Registro del órgano de contratación escrito de recurso especial en materia de contratación contra el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP, en adelante) del citado acuerdo marco.

El órgano de contratación remitió a este Tribunal el recurso, el expediente de contratación, el informe sobre aquel y el listado de licitadores. Asimismo, la Secretaría de este Tribunal dio traslado del recurso a los interesados concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

**TERCERO.** Mediante Resolución de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud de 30 de junio de 2016, se acordó la «suspensión definitiva» de la tramitación del procedimiento de adjudicación y la retroacción de las actuaciones a fin de poder modificar determinados extremos del PCAP inicial. De este modo y tras los trámites preceptivos, el 12 de julio de 2016 la Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud aprobó el expediente de contratación y acordó la apertura de un nuevo procedimiento de licitación.

**CUARTO.** El 18 de julio de 2016, se publicó en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del acuerdo marco en el que se otorgaba un nuevo plazo de presentación de ofertas.

El valor estimado del acuerdo marco conforme al pliego modificado asciende a 28.820.880 euros.

**QUINTO.** El 26 de julio de 2016, tuvo entrada en el Registro del órgano de contratación otro recurso especial en materia de contratación interpuesto por la misma entidad, CLÍNICA TORCAL, S.L., contra el nuevo PCAP aprobado tras las modificaciones oportunas.



El órgano de contratación, mediante oficio de 3 de agosto con entrada en el Registro de este Tribunal al día siguiente, trasladó el escrito de recurso, la documentación del expediente de contratación que complementaba a la remitida con ocasión del recurso inicial, el informe correspondiente y el listado de licitadores.

**SEXTO.** Mediante escritos de la Secretaría del Tribunal de 10 de agosto de 2016, se dio traslado de este segundo recurso a los interesados en el procedimiento, concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, 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 y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

**SEGUNDO.** De conformidad con lo previsto en los artículos 46 del TRLCSP y 13 del Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, así como con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por todas la sentencia de 6 de mayo de 2011 (Roj STS 2649/2011), este Tribunal dispone la acumulación de los recursos 152/2016 y 186/2016, al guardar ambos entre sí identidad sustancial e íntima conexión por coincidir los dos escritos de recurso en la impugnación de los pliegos de la misma licitación, así como en los sujetos y el objeto de ambos recursos, que son idénticos en su contenido.



**TERCERO.** Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición de los dos recursos especiales contra el PCAP que rige el acuerdo marco, teniendo en cuenta que aquella, según la documentación remitida por el órgano de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (94/2012, de 15 de octubre, 97/2012, de 19 de octubre, 29/2013, de 19 de marzo, 113/2014, de 8 de mayo y 398/2015 de 17 de noviembre entre otras), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, 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.

En el caso que nos ocupa, la recurrente esgrime -entre otras cuestiones- que el pliego impugnado no garantiza la libertad de competencia ni la participación de la pequeña y mediana empresa, toda vez que no promueve la licitación del servicio en un determinado ámbito territorial. Por tanto, queda suficientemente acreditada la legitimación de aquella para recurrir por mor del perjuicio alegado y que pretende evitar por medio de la interposición del recurso y del dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Como se señala en la Resolución de este Tribunal 398/2015, de 17 de noviembre, anteriormente invocada, *“Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas*



*la Resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que el recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación del recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho”.*

Por lo anterior, este Tribunal concluye que la recurrente ostenta legitimación suficiente para la interposición del recurso.

**CUARTO.** De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

El escrito de impugnación se deduce frente al PCAP de una contratación que es calificada por el órgano de contratación como gestión de servicio público en su modalidad de concierto. La recurrente no discute la calificación jurídica del contrato dando por sentado que el mismo está sujeto al recurso especial. En cambio, en el informe al recurso el órgano de contratación sostiene que estamos en presencia de un contrato de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto, no susceptible de recurso especial al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 40.1 c) del TRLCSP.

Así pues, en la medida que el órgano de contratación cuestiona la sujeción del acuerdo marco al recurso especial, hemos de abordar este extremo y para ello debemos analizar la naturaleza jurídica de dicho acuerdo marco y de los contratos derivados del mismo.

Pues bien, incluso a la fecha de publicación de la primera licitación -20 de mayo de 2016-, ya había vencido el plazo de transposición a nuestro Ordenamiento



jurídico de la Directiva 23/2014/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Este vencimiento tuvo lugar el 18 de abril de 2016, siendo incuestionable que, a partir de esta fecha, la definición de <<riesgo operacional>> contenida en el artículo 5 de la citada Directiva surte plenos efectos jurídicos y determinará que un contrato deba calificarse como concesión o como servicio en función de que dicho riesgo se haya transferido o no al contratista. Dice así el artículo 5 de la Directiva “(...) *Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá 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*”.

Asimismo, debe indicarse que el riesgo operacional transferido al contratista, como elemento distintivo de los contratos de concesión de obras o de servicios, es un concepto que define la Directiva de concesiones, pero que tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En tal sentido, la jurisprudencia comunitaria, a la luz de la entonces Directiva 2004/18/CE, ya había abordado la distinción entre una concesión de servicios y un contrato de servicios en atención a la transferencia del riesgo derivado de la explotación del servicio (v.g. las sentencias del TJUE, de 10 de septiembre de 2009, Asunto Wasser y de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater).

Tras las anteriores consideraciones, procede analizar ahora las prestaciones y condiciones fijadas en el acuerdo marco examinado, a fin de determinar si responde a la categoría de contrato de servicios o de gestión de servicios públicos y por ende, si el acto impugnado es susceptible o no de recurso en esta sede. En tal sentido, el acuerdo marco está configurado por 8 lotes -uno por cada provincia de Andalucía-, previéndose dentro de cada lote varios distritos



que agrupan una o varias localidades. Tanto la adjudicación del acuerdo marco como la de los contratos derivados del mismo se efectúa por lotes.

Asimismo, el Anexo I-A del PCAP establece un precio unitario por sesión de 18 euros y el Anexo I-C del mismo pliego señala el número de sesiones anuales por lote calculadas sobre la base del número de menores registrados en el sistema de información de Atención Temprana en el periodo de un año.

Por último, la cláusula 22.3 del PCAP prevé que la Administración abonará el precio mediante un pago mensual único correspondiente a la duodécima parte del importe de adjudicación y el pliego de prescripciones técnicas contiene previsiones sobre el régimen de funcionamiento del concierto, así como múltiples requerimientos a cumplir por el adjudicatario en la ejecución de la prestación.

A la vista de esta regulación contenida en los pliegos, y como reiteradamente hemos venido manifestando ante prestaciones similares calificadas en los pliegos como gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto (v.g. Resolución 41/2016, de 18 de febrero), la prestación aquí examinada se incardina en el objeto propio del contrato de servicios, pues no se traslada al contratista riesgo alguno en la explotación del servicio.

Antes al contrario, en el PCAP se fija el presupuesto anual por lote, el precio unitario por sesión, el número de sesiones anuales y la retribución mensual del contratista que será una duodécima parte del importe de adjudicación sin perjuicio de las compensaciones que procedan a partir del undécimo mes de ejecución contractual, a lo que se une el hecho de que tampoco se transfiere al contratista potestad plena para organizar la explotación del servicio, pues ya se ha indicado anteriormente que el PPT contiene detalle de indicaciones, obligaciones y requerimientos a cumplir por el adjudicatario, lo cual abunda en la idea de que el adjudicatario 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, lo que evidencia que el contrato analizado responde en esencia a las características propias de un contrato de servicios.

Es más, el informe al recurso reconoce abiertamente que no hay transferencia de riesgo operacional al contratista, si bien sorprende que, una vez hecha esta afirmación, no incardine la prestación en la propia de un contrato de servicios y siga sosteniendo que estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos que no merece la consideración de sujeto a regulación armonizada.

En definitiva, pues, hemos de concluir que la ausencia de transferencia de riesgo operacional al contratista determina que estemos en presencia de un contrato de servicios que se halla sujeto a regulación armonizada por su valor estimado. Por tanto, siendo objeto de impugnación el PCAP, resulta procedente el recurso especial en materia de contratación de conformidad con lo estipulado en el artículo 40 apartados 1 y 2 del TRLCSP.

**QUINTO.** En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

*No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:*

*a) 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 los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”*

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada inicialmente el 27 de mayo de 2016, fecha en que el anuncio de



licitación se publicó en el perfil de contratante, habiéndolo sido antes en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. Por tanto, debe considerarse <<dies a quo>> en el cómputo del plazo de interposición del recurso el día 28 de mayo de 2016. De este modo, el primer recurso especial, al ser presentado el 13 de junio de 2016 en el Registro del órgano de contratación, se interpuso dentro del plazo legal.

Asimismo, al modificarse el PCAP y promoverse una nueva licitación, el segundo recurso interpuesto contra el pliego también se interpuso dentro del plazo legal, por cuanto la publicidad obligatoria de esta última licitación quedó completada el 18 de julio de 2016, habiéndose presentado el recuso en el Registro del órgano de contratación el 26 de julio de 2016.

**SEXTO.** Una vez analizados los requisitos de admisión de los dos recursos interpuestos por CLÍNICA TORCAL, S.L. y antes de abordar el examen de los motivos en que se sustentan, hemos de determinar si procede declarar la inadmisión del primer recurso por pérdida sobrevenida de su objeto.

Al respecto, ya hemos indicado en los antecedentes de esta resolución que el primer recurso especial se dirige contra el PCAP, si bien dicho pliego fue posteriormente modificado, aprobándose el 12 de julio de 2016 un nuevo expediente de contratación y acordándose la apertura de una nueva licitación que fue publicada el 18 de julio de 2016 en el en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía y en el perfil de contratante.

Quiere decirse, pues, que el PCAP objeto del primer recurso especial ha quedado sin efecto al haber sido sustituido por otro posterior que lo modifica y que da origen a una nueva licitación. Así las cosas, el primer recurso especial debe ser inadmitido al haberse producido la pérdida sobrevenida de su objeto. En cualquier caso, los motivos de fondo en que se fundaba aquel primer recurso son idénticos a los del segundo, pues en ambos casos la impugnación afecta a un apartado del Anexo I-C del PCAP, cuyo contenido es el mismo en el pliego inicial



y en el posterior pliego modificado.

Expuesto lo anterior, procede entrar ya en el examen de la cuestión de fondo suscitada en el segundo recurso especial.

CLÍNICA TORCAL, S.L. solicita la anulación del PCAP y subsidiariamente, la de la previsión contenida en su Anexo I-C referida al lote 7 (Málaga), apartado F (Distrito Norte -La Vega) donde se establece que «*No se licitan sesiones para atender menores en este momento*».

Funda su pretensión en que el servicio concertado es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma de Andalucía conforme a lo previsto en el artículo 55 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Por tanto, considera que el acuerdo marco debería regir la prestación del servicio de atención temprana en toda Andalucía, si bien alega que ello no ha sido así, puesto que hay zonas donde se ha promovido la licitación del servicio a través de contratos de gestión de servicios públicos en su modalidad de concierto, mientras que, en otras, el servicio sigue prestándose al margen del acuerdo marco sin justificación alguna, lo que ha impedido a posibles licitadores optar a aquellos contratos, generándose discriminación y desigualdad de trato.

En definitiva, la recurrente considera que el PCAP no garantiza la libre competencia ni la participación de la pequeña y mediana empresa, al no promover la licitación del servicio en el distrito “Norte - La Vega” del lote 7 (Málaga) sin justificación alguna, debiendo, a su juicio, promoverse la licitación en esa zona geográfica.

En el informe al recurso, el órgano de contratación alega que es a él a quien corresponde determinar la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, tal y como prevé el artículo



22 del TRLCSP.

Asimismo, manifiesta que la no inclusión inicial en el acuerdo marco del distrito “Norte - La Vega” obedece a que el servicio de atención temprana en dicha zona se viene prestando por el municipio correspondiente en virtud de convenio de colaboración, si bien el PCAP prevé que a través de la modificación del acuerdo marco puedan incorporarse nuevos municipios. De este modo, si se detectan nuevas necesidades en aquella zona geográfica o finaliza el convenio con el Ayuntamiento, se realizará la licitación pública correspondiente.

**SÉPTIMO.** Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión de fondo del recurso.

La recurrente solicita la anulación del PCAP por no haber incluido la licitación del servicio de atención temprana en un área geográfica determinada de la provincia de Málaga, concretamente en el “distrito Norte – La Vega”, lo que, a su juicio, ha supuesto una quiebra de los principios de igualdad de trato entre licitadores y de igualdad de oportunidades, ya que las empresas de unas determinadas zonas van a poder participar en la licitación, mientras que a otras se les veda esta posibilidad sin justificación alguna.

Pues bien, el artículo 1 del TRLCSP establece como objeto y finalidad del citado texto legal, además de la regulación de la contratación del sector público para garantizar que se ajusta a los principios que la rigen, el asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

En tal sentido, el artículo 22.1 del TRLCSP, bajo la rubrica «*Necesidad e idoneidad del contrato y eficiencia en la contratación*» dispone que «*Los entes,*



*organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación».*

Y finalmente, el artículo 86 del TRLCSP reconoce al órgano de contratación, dentro de ciertos límites, plena libertad para la configuración del objeto contractual en función de las necesidades que pretenden cubrirse a través del contrato.

Es por ello que el órgano de contratación, en el ámbito de sus competencias y en razón de la oportunidad y de las disponibilidades presupuestarias que tenga asignadas, puede decidir libremente si celebra o no un determinado contrato y, en caso afirmativo, cuál deba ser la amplitud o contenido de la prestación objeto del mismo. Así lo ha declarado el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en muchas de sus resoluciones, entre las más recientes, la Resolución 242/2016, de 1 de abril.

En definitiva, es el órgano de contratación el que, conocedor de las necesidades administrativas que demanda la Administración y conocedor también de las limitaciones de su presupuesto, debe configurar el objeto del contrato del modo que mejor satisfaga el interés público perseguido con el contrato.

Y esta discrecionalidad de la Administración en la conformación de la prestación a contratar no puede ser en modo alguno sustituida por la voluntad de los licitadores, puesto que estos no intervienen en la fase previa de determinación del alcance y extensión de las necesidades públicas -lo cual solo compete al órgano de contratación-, sino únicamente en la fase posterior de satisfacción de dichas necesidades a través de la adjudicación del contrato a la



oferta económicamente más ventajosa y en la posterior ejecución de la prestación. Además, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de adjudicación no supone en sí misma una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones e igualdad y no discriminación, cuando encuentra su fundamento en las necesidades o fines a satisfacer mediante la contratación de que se trate.

Al respecto, cabe citar la Resolución 652/2014, de 12 de septiembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Dicha resolución, invocando otra previa del mismo Tribunal -la Resolución 214/2013, de 12 de junio- se refiere a un supuesto de división del objeto contractual en lotes, pero resulta muy ilustrativa en cuanto aborda la libertad de los órganos de contratación en la configuración del objeto de los contratos en general. Dice así:

*«(...) corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato, pudiendo ser también razonable una división en lotes diferente a la propuesta por la recurrente en la medida que con ello se pueda incrementar la eficacia y la eficiencia en su ejecución. En efecto, como ha quedado expuesto en el fundamento anterior, este Tribunal ha manifestado reiteradamente su respeto a la discrecionalidad del órgano de contratación para elaborar los lotes del contrato de acuerdo con sus necesidades y las funcionalidades que se pretenden cubrir, por lo que no se han acogido pretensiones destinadas a que se elaborasen los lotes del modo pretendido por el recurrente, pues ello sería contrario a la libertad configuradora del órgano de contratación derivada del artículo 86. (...)*

*(...) Así las cosas, es el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios -eficacia y eficiencia de la contratación pública, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte- lo*



*que debe erigirse en pauta para determinar la procedencia o no de fraccionar el objeto del contrato mediante su división en lotes. No obstante, la mayor o menor apertura a la competencia de un determinado procedimiento de contratación o un lote de un procedimiento, en sí mismo, no determina una infracción de los principios de competencia, libre acceso a las licitaciones, igualdad y no discriminación, cuando encuentra su justificación en las necesidades o fines a satisfacer mediante esa prestación.»*

En el mismo sentido, las Resoluciones de este Tribunal 21/2014 a 34/2014, todas de 12 de marzo, en supuestos relativos a la configuración y división del objeto del contrato en lotes, vienen a señalar que ello entra dentro del ámbito de discrecionalidad del órgano de contratación que puede elaborar los lotes y definir el objeto del contrato de acuerdo con sus necesidades y funcionalidades. Asimismo, el criterio sostenido por este Tribunal en las resoluciones citadas ha sido ratificado por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla, en Sentencia de 24 de junio de 2015 (Recurso núm. 319/2014).

En el mismo sentido, la Resolución 104/2016, de 1 de junio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid señala que *«La necesidad de celebrar un contrato es algo que incumbe valorar al órgano de contratación y no a los licitadores ni a terceros, y esa discrecionalidad no puede ser objeto de control por este Tribunal que no puede sustituir la decisión sobre cuestiones de oportunidad (...)»*

Con base en lo expuesto, la pretensión de la recurrente no puede prosperar. El hecho de que el PCAP impugnado no contemple la licitación del servicio en una zona geográfica determinada no conculca los principios de libre competencia ni de igualdad de trato entre licitadores.



En la memoria justificativa obrante en el expediente de contratación se especifican los lotes y áreas geográficas donde existe necesidad de contratar el servicio. Así pues, el hecho de que algunas zonas no estén incluidas en el contrato -como ocurre con el Distrito Norte -La Vega del lote 7 (Málaga)- entra dentro del ámbito de decisión del órgano de contratación que no puede verse compelido a contratar un servicio que no le resulta necesario y ello por cuanto, como se indica en el informe al recurso, la prestación se viene ejecutando por el municipio correspondiente en virtud de un convenio de colaboración.

Asimismo, debe aclararse que una cosa es que la prestación del servicio de atención temprana sea una competencia que deba asumir la Comunidad Autónoma de Andalucía y otra bien distinta que esta venga obligada a contratar aquella prestación con terceros en todo su ámbito territorial.

Es la Administración quien debe determinar el modo y los medios necesarios para dar cobertura a los menores que requieran atención temprana, no pudiendo un tercero -en este caso un potencial licitador- imponer a aquella la forma en que deba satisfacer tal necesidad. Ello sería tanto como admitir que el interés público pueda verse supeditado al interés particular de un tercero.

Tampoco puede admitirse el alegato de la recurrente respecto a la vulneración del principio de igualdad de trato por el hecho de que, en determinadas zonas geográficas, unos licitadores puedan optar a un contrato público y en otras zonas ello no sea posible. Las bases de la licitación están claras en este punto y en la medida que las situaciones concurrentes en unas zonas son distintas a las de otras, es lógico que también lo sea la forma de cubrir la prestación en las mismas, sin que ello suponga dispensar un trato discriminatorio a potenciales licitadores, pues no cabe invocar la igualdad de trato ante situaciones desiguales. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 60/2015, de 18 de marzo, señala que el principio de igualdad impone el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales.



Procede, pues, la desestimación del recurso.

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

### **ACUERDA**

**PRIMERO.** Inadmitir el primer recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLÍNICA TORCAL, S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la convocatoria del “Acuerdo marco por el que se establecen las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos de gestión de servicios públicos, modalidad concierto, del servicio de Atención Temprana en Andalucía”, promovida por la Consejería de Salud (Expte.71/2016), al haberse producido la pérdida sobrevenida de su objeto, en los términos expuestos en el fundamento de derecho sexto de esta resolución.

Desestimar el segundo recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **CLÍNICA TORCAL, S.L.** contra el nuevo pliego de cláusulas administrativas particulares del citado acuerdo marco, una vez realizadas las modificaciones oportunas en su texto y convocada una nueva licitación.

**SEGUNDO.** 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 47.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

**TERCERO.** Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

