

**INFORME 7/2019, DE 5 DE ABRIL, DEL PLENO DE LA JUNTA
ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA****OBJETO: DECLARACIÓN DE PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR QUE
RECAERÍA SOBRE LAS EMPRESAS SERVICIO ASISTIDO MÉDICO
URGENTE, S.L., TRANSPORTE SANITARIO BIZKAIA, S.L. Y
AMBUBASK, S.A.****I.- ANTECEDENTES.**

Las entidades Servicio Asistido Médico Urgente, S.L. (en adelante, SAMU) Transporte Sanitario Bizkaia, S.L., AMBUBASK, S.A. y Ambulancias Gipuzkoa, S.Coop licitaron con el compromiso de constituirse en AMBUBASK 2017 U.T.E., al contrato del Dpto. Salud del Gobierno Vasco para "la prestación del servicio de transporte sanitario programado en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para personas usuarias del sistema sanitario de Euskadi en el área de salud de Bizkaia, a excepción de Ermua, Mallabia, Otxandiano y Ubidea, y los municipios del área sanitaria de Álava de Aiara, Amurrio, Artziniega, Laudio y Okondo" (Exp. 68/2016-S). Las empresas presentadas en compromiso de UTE presentaron la oferta económicamente más ventajosa del procedimiento de adjudicación.

Habiéndoseles solicitado la acreditación de la debida capacidad y solvencia, procedieron a acreditarlas en tiempo y forma.

Así las cosas, el órgano de contratación, les requirió, como propuestas adjudicatarias, que, en el plazo establecido por el entonces vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), presentasen la documentación previa a la adjudicación. No haciéndolo en plazo y solicitada aclaración por la Administración al respecto, el representante de una de las empresas invitó al órgano de contratación a desistir del procedimiento, alegando que los pliegos no recogían ciertos aspectos que se estaban negociando de cara a un futuro convenio colectivo que aún hoy no ha visto la luz, por lo que

de ningún modo era aplicable en aquel momento ni en el oportuno para impugnar los pliegos, cosa que no se hizo.

Ante esta situación, se entendió que la licitadora había retirado su oferta, procediendo a recabar la documentación a la segunda clasificada.

Notificada la resolución de adjudicación a todas las intervinientes en el procedimiento, el gerente de la empresa SAMU, interpuso recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato, alegando, entre otras cuestiones, que no había retirado su oferta.

El Órgano Administrativo de Recursos Contractuales (OARC, en adelante) mediante resolución 38/2018 de 19 de marzo de 2018, desestimó el recurso, imponiéndole una sanción por considerar que había actuado con mala fe.

La Resolución 38/2018 mencionada fue recurrida ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por el gerente de la empresa SAMU (Procedimiento Ordinario 292/2018). Mediante auto 111/2018, de 10 de julio de 2018, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco declaró caducado el recurso contencioso-administrativo interpuesto, por no haber presentado la demanda en el plazo concedido para ello.

Ante esta situación, la Viceconsejera de Administración y Financiación Sanitarias, por Resolución de 15 de octubre de 2018, acordó iniciar el expediente para la imposición de una prohibición para contratar a las empresas Servicio Asistido Médico Urgente, S.L.; Transporte Sanitario Bizkaia, S.L., AMBUBASK, S.A. y Ambulancias Gipuzkoa, S.Coop.

Habiéndose otorgado el oportuno trámite de audiencia a las afectadas, en informe jurídico de 18 de febrero de 2019, la Dirección de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales del Dpto. Salud, considera no probada la actuación con dolo, culpa o negligencia del representante de Ambulancias Gipuzkoa, S.Coop., mientras que sí encuentra probado el dolo y mala fe en el caso del representante de las entidades Servicio Asistido Médico Urgente, S.L, Transporte Sanitario Bizkaia, S.L y AMBUBASK, S.A. (se trata de la misma persona en los tres casos), por lo que se entiende que habiendo incurrido en el supuesto de retirada de oferta del TRLCSP, se debería imponer una prohibición para contratar a las tres empresas mencionadas en último lugar, y no a

Ambulancias Gipuzkoa, S.Coop., que por otro lado participaba en el compromiso de UTE con tan sólo un 1%.

En este estado de cosas, el Dpto. Salud ha solicitado con fecha 6 de marzo de 2019 el correspondiente informe a la Junta Asesora de Contratación Pública sobre la mencionada declaración de prohibición para contratar a las entidades SAMU, Transporte Sanitario Bizkaia y Ambubask, representadas las tres por el Sr. A.L.M.C.

II. – CONSIDERACIONES PREVIAS.

NORMATIVA DE APLICACIÓN Y COMPETENCIA PARA EMITIR EL INFORME

En la cláusula tercera del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del Contrato de referencia, del que proviene el supuesto de prohibición, se especifica el régimen jurídico del contrato. Entre la normativa que lo rige:

“El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), en la versión vigente en el momento de publicación de la convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.”

Posteriormente a la publicación de la licitación del contrato, 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), en su Disposición Transitoria Primera, en relación a los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, establece que los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos, se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.

El apartado segundo de la Disposición Transitoria Primera añade que los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, se regirán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su modificación, duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior.

Sin embargo, nada se dice sobre las prohibiciones de contratar, ni sobre el procedimiento para su declaración o imposición, ya que en muchos casos (sentencias, resoluciones sancionadoras, ...) ni siquiera son competencia de los órganos de contratación, si bien es cierto que en este caso precisamente es el órgano de contratación quien debe declararla.

Sin embargo, dado que el hecho causante de la prohibición (la retirada de la oferta, que esta Junta acepta como tal puesto que el OARC así lo ha dictaminado, por lo que no procede discutir este extremo) se produjo en tramitación de un procedimiento de contratación sometido al TRLCSP, esta Junta entiende que la normativa de aplicación para la tramitación de la prohibición de contratar es la de dicho Texto Refundido.

Y siendo el supuesto que nos ocupa el relativo a la retirada de oferta, debemos incardinarlo en la letra a) del apartado 2 del artículo 60 del TRLCSP:

“Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 61 bis las siguientes:

a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 151 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.”

A partir de ello, y para determinar la competencia de esta Junta, debe dilucidarse a quién compete la declaración de la prohibición de contratar en este caso. Y en virtud de lo establecido en el último párrafo del artículo 61.3 del TRLCSP, en los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 60, la declaración de prohibición para contratar corresponderá al órgano de contratación.



Teniendo esto en cuenta, debe acudir al artículo 28.c) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, que establece que la Junta Asesora de Contratación Pública informará la propuesta de resolución de los expedientes de declaración de prohibición para contratar, en los supuestos previstos legalmente y cuando su declaración corresponda a órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

Finalmente, dado que la emisión de dicho informe no viene atribuida por el mencionado Decreto a las Comisiones de la Junta Asesora, la competencia para su aprobación corresponde al Pleno, conforme al apartado 1 del artículo 30 del Decreto.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

El supuesto que incumplió la licitadora para en su caso incurrir en una prohibición para contratar fue el establecido en el apartado 2 del artículo 151 del TRLCSP (presentación de la documentación previa a la adjudicación).

Tal y como establece el propio apartado, de no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

Como comentábamos más arriba a efectos de determinar la competencia para emitir este informe, el TRLCSP en el artículo 60.2.a) establece que son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 61 bis, entre otras la de:

“a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 151 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.”



En relación al supuesto de hecho, el requisito del dolo queda puesto de manifiesto en la Resolución 38/2018 de 19 de marzo de 2018, del OARC, en la que se desestima el recurso que presentó el SAMU contra la adjudicación, y se le impone una sanción por mala fe o temeridad. En la literalidad de la Resolución:

“... En el expediente consta (y el recurrente lo reconoce) que el órgano de contratación le remitió, con fecha 21 de noviembre de 2017 (recibida el 27 del mismo mes), un escrito en el que se le solicitó la presentación, en el plazo de diez días hábiles, de los justificantes de haber depositado la garantía definitiva y de haber abonado el importe del anuncio oficial de licitación, así como las certificaciones administrativas (o, en el caso del IAE, recibo o declaración) acreditativas del cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social expresadas en el artículo 13 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001. Consta asimismo en el expediente (y el recurrente lo admite) que se le remitió una solicitud de aclaración (recibida el 18 de diciembre) sobre si retiraba su proposición (con cita del artículo 151.2 del TRLCSP) y que la documentación requerida no fue presentada.

[...]

El motivo que el recurrente alega para declarar que la falta de presentación de documentación no equivale, como establece el TRLCSP, a la retirada de la oferta, no es aceptable. En primer lugar, el plazo previsto en el artículo 151.2 del TRLCSP es objetivo y no está sujeto a condicionamiento alguno, de modo que la norma anuda automáticamente a la falta de presentación en plazo de la documentación requerida la consecuencia de la retirada de la oferta. En segundo lugar, la “solicitud de desistimiento” y el resto de los escritos dirigidos al poder adjudicador con la intención de torcer el desarrollo normal del procedimiento no son sino una mera cobertura formal mediante la que el recurrente pretende que la Administración convoque una nueva licitación en términos que le sean más favorables que la actual, eliminando el riesgo y ventura implícito en la presentación de cualquier oferta.

[...]

... esta pretensión se fundamenta en la aplicación de unas hipotéticas nuevas condiciones salariales derivadas de un no menos hipotético convenio colectivo que no se había suscrito y que incluso hoy se sigue negociando.

[...]

El recurrente ha utilizado el recurso especial contra una adjudicación que, si hubiera actuado normalmente, habría recaído en su favor; el argumento aportado, la supuesta alteración de la base de la licitación, no existe, pues el convenio colectivo aplicable no cambió antes de la licitación ni ha cambiado a fecha de hoy, y la pretensión de que la Administración desista del contrato no se basa en la existencia de ninguna infracción legal, como pide el artículo 155.4 del TRLCSP, sino en el deseo de configurar una nueva licitación a conveniencia del recurrente, aunque ello suponga retrasar la adjudicación de un contrato a cuya adjudicación, en realidad, no se aspira.”

Así pues, sin duda alguna las tres empresas a las que el recurrente representa han incurrido en el supuesto del 60.2.a) del TRLCSP.

Respecto al órgano competente para la declaración de la prohibición, en virtud de lo establecido en el último párrafo del artículo 61.3 del TRLCSP, en los supuestos previstos en el apartado segundo del artículo 60, como el que nos ocupa, la declaración de prohibición para contratar corresponderá al órgano de contratación.

Nos remitimos en este punto al análisis que realiza el Informe de la Dirección de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales del Dpto. Salud, de 5 de diciembre de 2018

“En el presente caso, el incumplimiento se produjo durante la tramitación del contrato administrativo de servicios que tiene por objeto “la prestación del servicio de transporte sanitario programado en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para personas usuarias del sistema sanitario de Euskadi en el área de salud de Bizkaia, a excepción de Ermua, Mallabia, Otxandiano y Ubidea, y los municipios del área sanitaria de Álava de Aiara, Amurrio, Artziniega, Laudio y Okondo” (Exp. 68/2016-S).

En este expediente, siendo un contrato de ámbito supraterritorial que abarca más de un Área de salud, en virtud de lo establecido en el artículo 12.2 del Decreto 80/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud, corresponde a la persona titular de la Viceconsejería de Administración y Financiación Sanitarias la actuación como órgano específico de contratación en prestaciones sanitarias cuando las mismas se dirijan a más de un Área de salud. Por lo tanto, el órgano de contratación es la Viceconsejera de Administración y Financiación Sanitarias, y ella es el órgano competente para la declaración de la prohibición para contratar.”

El artículo 61.2 del TRLCSP establece que el alcance y la duración de la prohibición debe determinarse mediante procedimiento instruido al efecto.

Y el apartado 7 del artículo 61 del TRLCSP, en la letra d) de su segundo párrafo, establece que el procedimiento para la declaración de la prohibición para contratar no podrá iniciarse si hubiesen transcurrido más de tres años, en los casos previstos en el artículo 60.2.a), desde la fecha en la que hubiese debido procederse a la adjudicación, si la prohibición se fundamenta en el incumplimiento de lo establecido en el apartado segundo del artículo 151.

Mediante Resolución del órgano de contratación de 21 de noviembre de 2017, la cual recibió la UTE interesada el 27 de noviembre de 2017, se les concedía, tal y como lo indica el artículo 151.2, un plazo de 10 días hábiles para aportar cierta documentación previa a la adjudicación, plazo que finalizaba el 10 de diciembre de 2017. Si el procedimiento hubiese seguido su curso correctamente, la adjudicación se hubiese materializado durante el mes de diciembre de 2017. No habiendo transcurrido más de 3 años desde el momento que debió procederse a la adjudicación, se ha iniciado dentro del plazo el procedimiento de declaración de prohibición para contratar.

Por otro lado, en relación a la duración de la prohibición, hay que tener presente lo establecido en el artículo 61.6 y 61.bis.3, dado que establecen que el plazo de duración no podrá exceder de tres años desde la fecha de inscripción de la prohibición en el registro correspondiente.

En cuanto al ámbito de la Administración al que afectará la prohibición, el 61.bis.1 del TRLCSP, determina que en los supuestos en que se den las circunstancias establecidas en el apartado segundo del artículo 60, la prohibición para contratar afectará al ámbito del órgano de contratación competente para su

declaración. Dicha prohibición se podrá extender al correspondiente sector público en el que se integre el órgano de contratación.

En este caso, el órgano de contratación abarca, tal y como lo especifica el artículo 12.2 del Decreto de estructura 80/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Salud, la actuación como órgano específico de contratación en prestaciones sanitarias cuando las mismas se dirijan a más de un Área de salud. Por lo tanto, la declaración de prohibición, en este caso, abarcará la contratación de prestaciones sanitarias cuando las mismas se dirijan a más de un Área de Salud.

Respecto al ámbito de prohibición afectado, las adjudicatarias que incumplieron la obligación establecida en el artículo 151.2 del TRLCSP fueron las empresas que licitaban en compromiso de constituirse en UTE: Servicio Asistido Médico Urgente, S.L, Transporte Sanitario Bizkaia, S.L., AMBUBASK, S.A. y Ambulancias Gipuzkoa, S.Coop.

En el compromiso de constitución de UTE AMBUBASK 2017, la participación de cada entidad era la siguiente:

SAMU, S.L.33%

Representante: Á. L. M. C.

TRANSPORTE SANITARIO BIZKAIA, S.L. 33%

Representante: Á. L. M. C.

AMBUBASK, S.A. 33%

Representante: Á. L. M. C.

AMBULANCIAS GIPUZKOA, S.COOP 1%

Representante: R. P. Z.

Designan como representante de la UTE al Sr. Á. L. M. C.

El artículo 60.1 del TRLCSP indica que no podrán contratar "las personas" en quienes concurren las circunstancias que especifica. A su vez, en el apartado segundo del artículo "son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar...".



A su vez, el artículo 60.3 del TRLCSP establece que, las prohibiciones para contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.

Por otro lado, en el nuestro supuesto, el artículo 60.2.a) indica que debe mediar dolo, culpa o negligencia. Este dolo, culpa o negligencia conlleva un acto por parte de una persona física que actúa en nombre de una persona jurídica.

Así pues, el compromiso de UTE como tal no puede ser objeto de una prohibición de contratar. Habrá que remitirse a la responsabilidad en el incumplimiento de cada una de las personas jurídicas que lo integran, a los efectos de determinar cuáles han incurrido en el supuesto determinante de la prohibición para contratar.

En este caso, la actuación dolosa del representante de tres de las cuatro entidades que licitaban en compromiso de UTE es manifiesta, dado que en todo momento, durante la tramitación del expediente de contratación es quien interactúa con el poder adjudicador, manifestando su voluntad y el motivo que a dicha voluntad de no presentar la documentación exigida por el artículo 151.2 del TRLCSP le acompaña. Por lo tanto, el dolo o intencionalidad de no cumplir con la exigencia legalmente establecida queda acreditado en relación al representante de las entidades Servicio Asistido Médico Urgente, S.L, Transporte Sanitario Bizkaia, S.L. y AMBUBASK, S.A. En todo momento, las actuaciones llevadas a cabo por él provocan la demora en la adjudicación del nuevo contrato de transporte programado 68/2016, del que ellos no quieren ser parte, en virtud de los escritos presentados para justificar dicha actuación, pero que, mientras se adjudica el citado expediente de contratación 68/2016, siguen ejecutando en unas condiciones que les resultan deseables. El servicio de transporte programado lo siguen prestando dado que la UTE AMBULANCIAS BIZKAIA, compuesta por Servicio Asistido Médico Urgente, S.L, Transporte Sanitario Bizkaia, S.L y AMBUBASK, S.A, cuyo representante legal es el mismo que han nombrado como representante de la UTE, es la contratista del expediente 23/2011-GSP que ha estado prestando el servicio de transporte programado hasta que el contrato 68/2016 ha sido formalizado con Ambuibérica, S.L.

Pero como indica el propio informe de la Dirección de Régimen Jurídico, Económico y Servicios Generales del Dpto. Salud, la acreditación de dolo por

parte del representante de la cuarta entidad, es decir, Ambulancias Gipuzkoa, S.Coop., es más dudosa, dado que no ha habido ninguna acción por su parte que deje de manifiesto dicha conducta dolosa. Por otro lado, su participación en el compromiso de UTE es tan ínfima (1%) que obviamente su capacidad de decisión en cualquier actuación de dicho compromiso de UTE es obviamente nula. Por último, todas las actuaciones del Dpto. Salud vienen a proponer la prohibición de contratar frente a las tres entidades mencionadas, mientras que a esta última no la consideran incurso en el supuesto de prohibición.

Respecto al procedimiento de declaración de la prohibición, el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre –RGLCAP, en adelante-, dice que corresponde al órgano de contratación la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar en los supuestos en que los hechos que la motivan se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación. Así, la Viceconsejera de Administración y Financiación Sanitarias, mediante resolución de 15 de octubre de 2018, ha resuelto acordar el inicio del expediente.

El citado artículo 19 del Decreto 1098/2001 en su apartado segundo indica que cuando el expediente se inicie por el órgano de contratación se incorporarán al mismo los informes de los servicios técnicos y jurídicos, cumpliéndose posteriormente el trámite de audiencia, remitiéndose el expediente al órgano competente para su resolución o a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa cuando a esta le corresponda formular propuesta.

Los informes sobre lo acontecido y su valoración jurídica ya han sido emitidos; el mismo se acompañará de una propuesta de Resolución de declaración de prohibición para contratar.

Recibidas las alegaciones presentadas por los interesados, se ha solicitado a la Junta Asesora de Contratación Pública, informe que nos ocupa, por lo cual no hay reproche alguno en cuanto al procedimiento seguido.

La resolución que finalmente adopte el órgano de contratación habrá de ser notificada a las interesadas (así lo exige artículo 20 del RGLCSP) e inscrita en el Registro Oficial de Licitadoras y Empresas Clasificadas de Euskadi, de acuerdo con lo que estipula el artículo 61 bis 2 del TRLCSP:

“Los órganos de contratación del ámbito de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales situadas en su territorio notificarán la prohibición de contratar a los Registros de Licitadores de las Comunidades Autónomas correspondientes, o si no existieran, al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público.”

En términos parecidos se pronuncia el Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, en sus artículos 44, 48.2 y 50, en los que establece que las inscripciones relativas a las prohibiciones de contratar se practicarán de oficio por el responsable de la gestión del Registro en los términos establecidos en la legislación de contratos del sector público y que dicha inscripción en el registro acreditará la concurrencia o no concurrencia de las prohibiciones para contratar que deban constar en el mismo.

Finalmente, una vez inscrito en el registro, la prohibición producirá efectos, y la inscripción caducará pasados tres meses desde que finalice la prohibición, cuya duración es de un máximo de tres años (apartado 6 del artículo 61 del TRLCSP) debiendo procederse de oficio a su cancelación en dicho Registro tras el citado plazo de tres meses.

La prohibición se publicará en el Boletín Oficial del País Vasco (mandato del 20 RGLCSP).

IV. CONCLUSIONES

En vista de la probada actuación dolosa del representante legal (A.L.M.C) de las entidades Servicio Asistido Médico Urgente, S.L, Transporte Sanitario Bizkaia, S.L. y AMBUBASK, S.A., en la retirada de oferta en el expediente de contratación del que trae causa este procedimiento, se informa favorablemente la propuesta de declaración de prohibición para contratar para las tres empresas mencionadas, declaración que debe efectuar la Viceconsejera de Administración y Financiación Sanitarias.

El ámbito de la prohibición será el relativo a los contratos sobre prestaciones sanitarias que se dirijan a más de un Área de salud, y su duración de tres años desde su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas

de la Comunidad Autónoma de Euskadi, caducando pasados 3 meses desde que termine su duración. Se procederá de oficio a su cancelación.