



EB 2015/111

Resolución 116/2015, de 20 de octubre de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por FALCK VL SERVICIOS SANITARIOS, S.L. contra los pliegos del contrato de “prestación de servicios de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales y en vehículos de transporte sanitario colectivo para pacientes del área de salud de Gipuzkoa y municipios limítrofes de Bizkaia (Ermua y Mallabia) y de Álava (Aramaio), promovido por el Departamento de Salud.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 22 de julio de 2015 se ha interpuesto en el registro del Órgano de contratación recurso especial en materia de contratación pública por FALCK VL SERVICIOS SANITARIOS, S.L. contra los pliegos del contrato de “prestación de servicios de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales y en vehículos de transporte sanitario colectivo para pacientes del área de salud de Gipuzkoa y municipios limítrofes de Bizkaia (Ermua y Mallabia) y de Álava (Aramaio), promovido por el Departamento de Salud.

SEGUNDO: El expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada el día 8 de septiembre de 2015 en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO).



TERCERO: Con fecha 15 de septiembre de 2015 se trasladó el recurso a los interesados, recibándose en este OARC / KEAO el 23 de septiembre de 2015 las alegaciones de la UTE SOCIEDAD COOPERATIVA LARRIALDI AK S COOP – AMBULANCIAS MAIZ, S.A. (en adelante UTE LARRIALDI AK/MAIZ).

CUARTO: Por Resolución B-BN 20/2015, de 15 de septiembre de 2015, este órgano resolutorio acordó estimar la petición de medida cautelar solicitada por la recurrente y suspender el procedimiento de adjudicación del contrato.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Consta en el expediente la representación de Don S. V.M. que actúa en nombre del recurrente, así como su legitimación pues se trata de una empresa que opera en el sector del transporte sanitario.

SEGUNDO: Respecto a la inclusión del contrato impugnado en el ámbito del recurso especial, y dado que los Pliegos lo califican como contrato de gestión de servicio público en la modalidad de concierto, debe reproducirse lo señalado por este OARC / KEAO en su Resolución 02/2015:

«Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con las definiciones que para cada tipo establece la legislación contractual (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). La citada legislación ha de interpretarse del modo que resulte más adecuado para que las Directivas que incorpora tengan el efecto útil buscado por el legislador europeo. Si tal interpretación no es posible, y el precepto de la directiva tiene un contenido normativo claro, preciso e incondicionado que reconoce derechos concretos a los particulares frente a los poderes públicos y que no se ha incorporado en el plazo marcado, o se ha incorporado incorrectamente, la Directiva debe aplicarse con preferencia a cualquier



norma interna que la contradiga y los particulares pueden alegarla ante las autoridades nacionales, que deben aplicarla frente a cualquier norma nacional que la contradiga (Sentencia del TJUE de 24/9/1998, asunto C-76/97).

A la vista de lo anterior, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquella cuyo objeto comprende «(...) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (...).»; esta definición es idéntica a la que establece el artículo 1.2 d) de la Directiva 2004/18 /CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y en ella caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer sin que medie transferencia del riesgo. La ausencia de dicha transferencia y el hecho de que la remuneración proceda íntegramente del poder adjudicador son precisamente las características que permiten descartar que el contrato sea una concesión de servicios, figura no comprendida en el ámbito de la Directiva 2004/18 (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10). Dado que el ámbito objetivo de la Directiva 89/665, que regula los recursos en el ámbito contractual y es el referente comunitario para el recurso especial del TRLCSP, es el mismo que el de la Directiva 2004/18, no cabe otra interpretación que entender que cualquier contrato que cumpla las notas que el derecho europeo considera típicas del contrato de servicios debe tener acceso al recurso especial, aunque su denominación o naturaleza se reputen distintas en el TRLCSP. Consecuentemente, el recurso debe ser considerado como referido a un contrato de servicios y aceptada su tramitación...»

TERCERO: El recurrente interpone un recurso ordinario de alzada inducido por la administración contratante que señala como recurso pertinente para impugnar los pliegos el ordinario de alzada (punto 40 de la carátula del PCAP en relación con su cláusula 49.4). Este error en el señalamiento del recurso pertinente no puede perjudicar al particular y ello no obstante el carácter de orden público y externo a la Administración pública de esta información, y sus efectos deberán ser similares a los de la notificación defectuosa, debiéndose



tener por temporánea y procedente la actuación ante la instancia correcta cualquiera que sea el tiempo en que se produzca (Resolución 97/2012, 121/2014).

CUARTO: Según el artículo 40.2 a) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, adoptados por los poderes adjudicadores.

QUINTO: La Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y en concreto de Administración Pública, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El presupuesto de contrata establecido en los pliegos no cubre los costes del servicio a la vista del importe de los salarios y seguridad social del personal a subrogar (documento complementario I del PCAP), del importe derivado de la adscripción desde el inicio de la ejecución del contrato de un mínimo 120 vehículos que, además, deberán ser equipados y adaptados para determinados fines, más los costes asociados a su mantenimiento y funcionamiento y la obligación de dotar al menos tres bases para prestar el servicio. Ello vulnera el art. 87 TRLCSP.

b) Los licitadores que cuenten con vehículos que ya estén operativos podrán recibir hasta 6 puntos más en sus ofertas para prestar el servicio, lo cual supone otorgar una ventaja a la empresa que está prestando el servicio que, por estar operando con dichos vehículos, tendrá el máximo de puntuación en este apartado.

c) La hipotética valoración máxima que se atribuye a los vehículos totalmente nuevos realmente no es viable pues la condición es la puesta a disposición en un plazo que es insuficiente para preparar para el servicio el vehículo nuevo.



SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación de los recursos con los argumentos que a continuación se resumen:

a) Los criterios utilizados para el establecimiento del presupuesto de la licitación son los siguientes: (i) en el actual procedimiento de licitación se ha tomado como referencia obligada el precio actual del servicio, incrementándose en un 3% (ii) se han analizado los precios actuales del transporte sanitario en ambulancias no asistenciales convencionales y de transporte colectivo en la CAE :

	Canon Mensual	Número de vehículos	Canon por vehículo
Bizkaia	1.386.750	180	7.704
Gipuzkoa	905.000	120	7.542
Araba	184.044	30	6.135

Además, la concurrencia se halla garantizada con el precio de licitación establecido pues han sido tres las empresas que han presentado oferta.

b) El concepto de vehículo previsto en el punto 31.3.A.2 de la carátula del pliego es aquel que se encuentre ya matriculado tanto en territorio nacional como extranjero, sin necesidad de que se encuentre contratado para la prestación del mismo servicio. Al valorar la disponibilidad real de vehículos se trata de no caer en la paradoja de que aquella empresa que menos medios tiene pueda obtener mayor puntuación que aquellas licitadoras que cuenten con un parque móvil operativo.

c) La obligación de acreditar la documentación de los vehículos nuevos ofertados es una obligación prevista por el art. 151.2 TRLCSP que prevé que la empresa clasificada con la oferta más ventajosa debe acreditar, antes de la adjudicación en el plazo de 10 días, que dispone efectivamente de los medios que se hubiesen comprometido a dedicar a adscribir a la ejecución del contrato. Los recientes expedientes de contratación de transporte sanitario (Expediente



nº 31/2004 RTSU y Expediente nº 21/14-GSP transporte colectivo Álava incluyen esta situación sin que se haya producido la imposibilidad alegada.

OCTAVO: La UTE LARRIALDI/MAIZ efectúa las siguientes alegaciones:

a) las alegaciones sobre la insuficiencia del importe económico del contrato son una relación de estimaciones, presunciones y valoraciones particulares que ni siquiera ha sido respaldadas con ningún informe económico que pudiera acreditar dichas manifestaciones. Este mismo motivo de impugnación ha sido utilizada por la recurrente ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales que lo desestimó (Resolución 695/2015).

b) Extemporaneidad del recurso especial pues el mismo se interpone el día 8 de septiembre de 2015 cuando las bases fueron publicadas el 30 de junio de 2015.

NOVENO: El recurrente solicita la anulación de los pliegos rectores del contrato por considerar que el presupuesto de licitación no cubre los costes que la correcta ejecución del contrato conlleva.

En la Resolución 64/2013, en relación a la correcta estimación del precio del contrato, este órgano resolutorio ha manifestado que «(...) el mandato de ajustarse al precio general del mercado no implica que el órgano de contratación no deba buscar la oferta económicamente más ventajosa y, en particular, el precio más bajo posible, siempre que ello no ponga en riesgo el cumplimiento del contrato mediante la inserción de condiciones económicas poco realistas. Una impugnación de la adecuación del precio debiera pues demostrar, más allá de las dudas propias de una materia que por definición está sometida a las cambiantes vicisitudes del mercado y de la situación económica general, que el órgano de contratación ha elaborado unos pliegos con un presupuesto inicial bajo cuya vigencia no cabe esperar suficiente concurrencia ni una ejecución normal del contrato. Asimismo, se añadía que «(...) es plenamente acorde con el principio de uso eficiente de los fondos públicos (artículo 1 TRLCSP) que el poder adjudicador configure los términos de la licitación de tal



manera que fuerce a las empresas interesadas a mejorar sus ofertas optimizando sus costes y la eficiencia de su servicio y rebajando, en definitiva, el importe de su oferta», y que ello no contradecía el principio de adecuación al mercado porque «(...) la Administración se estaría comportando como un agente de dicho mercado, en concreto como un exigente demandante de servicios que promueva la competencia efectiva e intenta obtener la máxima rentabilidad del precio que está dispuesta a pagar (...)».

En lo que se refiere al contrato que nos ocupa, se ha de indicar que el presupuesto inicial no contiene error manifiesto o arbitrariedad evidente que lo invalide y que el recurrente no ha conseguido probar que el precio de salida no garantiza una concurrencia adecuada pues, de hecho, se han presentado ofertas de tres empresas, ni una posible ejecución incorrecta del contrato pues, si el presupuesto de salida se ha calculado tomando en consideración el precio actual del servicio incrementado en un 3 por ciento y hasta la fecha el contrato se ha ejecutado en términos razonables, es lógico concluir que el eventual futuro incumplimiento del mismo no será debido a una insuficiente estimación del presupuesto de contrata, por lo que este motivo de impugnación debe rechazarse.

Como acertadamente alega la UTE LARRIALDI/MAIZ un recurso especial interpuesto por la misma recurrente y basado en un argumento impugnatorio sustancialmente igual fue resuelto por el TACRC en su Resolución 695/2015, llegando, de forma similar a este órgano resolutorio, a la conclusión de que « Expuestas así las posturas de ambas partes, debe anticiparse que la alegación sobre insuficiente dotación presupuestaria no puede tener favorable acogida, pues no se acredita por FALCK que los costes de ejecución reales sean superiores al precio de licitación y, menos aún, que el criterio técnico utilizado por el órgano de contratación para la estimación de costes sea erróneo, no siendo suficientes las alegaciones que, a tal efecto, se contienen en el escrito de interposición del recurso, basadas en el coste estimado de personal en aplicación del Convenio Colectivo aplicable (...)»



DÉCIMO: El recurrente denuncia que el PCAP otorga una ventaja a la empresa que está prestando el servicio, pues se conceden hasta 6 puntos a las que cuenten con vehículos que estén operativos, por lo que incurre en la causa de nulidad del art. 32.d) del TRLCSP. La cláusula impugnada dice así:

«31.3 Criterios de valoración automática o mediante la aplicación de fórmulas:

(...)

A.2.- Número de vehículos operativos ofertados: Valoración máxima 6 puntos.

La asignación de puntos se hará de acuerdo con la siguiente fórmula:

$$PI=6 \times VO/TV$$

Siendo:

- PI: puntuación de la oferta valorada
- VO: número de vehículos ya operativos de la oferta valorada
- TV: número total de vehículos incluidos en la oferta valorada

A efectos de su cómputo, tendrá condición de vehículo operativo, aquel que se encuentre ya matriculado, tanto en territorio nacional como en el extranjero.»

El art. 32.d) del TRLCSP que dispone que son causa de nulidad de derecho administrativo todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración. Se trata, en suma de analizar si nos hallamos ante un criterio de adjudicación que obstaculiza o hace menos atractivo el acceso al contrato a empresas que no han contratado previamente con la administración.

La jurisprudencia del TJUE (sentencia de 27 de octubre de 2005, asunto C-158/03, párrafo 35 y 57 y siguientes), señala los siguientes cuatro requisitos que han de reunir los criterios de adjudicación para considerar que no obstaculizan o hacen menos atractivo el ejercicio de la libre prestación de servicios que, además, son los mismos que se exigen para los criterios de admisión: (i) que se aplique de manera no discriminatoria (ii) que esté justificada por razones imperiosas de interés general, (iii) que sean adecuadas



para garantizar la realización del objetivo que persiguen y (iv) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

Se observa que el criterio impugnado se aplica indistintamente a toda empresa que desee presentar una oferta, por lo que cumple con el primero de los requisitos. Por otra parte, en la memoria justificativa de la necesidad de contratar este servicio se indica que el desplazamiento de enfermos por causas exclusivamente clínicas, cuya situación les impida desplazarse en los medios ordinarios de transporte, es una prestación de atención sanitaria cuyo objeto es garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención, justificando, en concreto, el criterio de adjudicación debatido en que, debido al volumen de vehículos necesarios para la realización del servicio desde el inicio de la ejecución del contrato, se considera necesario valorar su disposición por lo que también se justifica el segundo de los requisitos.

A continuación, procede comprobar si el citado criterio es proporcional, es decir, si es adecuado para la realización de tal objetivo, pero no más allá de lo necesario a estos efectos y, sobre este extremo, este OARC / KEAO considera que el criterio no es el adecuado para conseguir dicha finalidad pues la operatividad de los vehículos ofertados, con independencia de que en el momento de la presentación de las ofertas no se disponga de los mismos, está garantizada por el diseño que ha efectuado el órgano de contratación de un procedimiento de adjudicación menos discriminatorio y más adecuado para fomentar la concurrencia. Así, el punto 12.3 de la carátula del PCA, como condición especial de ejecución, obliga al adjudicatario del contrato a adscribir al servicio, desde el inicio de la ejecución, un mínimo de 120 vehículos y, para asegurarse de que ello va a ser así, la cláusula 26.2.f) del PCAP exige al propuesto como adjudicatario del contrato que acredite, en un plazo de 10 días previos a la adjudicación del contrato, la efectiva disposición de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato mediante la presentación de la documentación que se especifica en el punto 39 de la carátula (primera certificación técnico sanitaria del vehículo, copia de



autorización de transporte sanitaria y copia de la póliza de seguro), so pena de no adjudicársele el contrato. Así, resulta ocioso y carente de justificación valorar la operatividad de las ambulancias en el momento de la presentación de las ofertas si, a la vista de lo expuesto en todas estas cláusulas contractuales, no se puede adjudicar el contrato más que aquel licitador que acredite la operatividad de la totalidad de las ambulancias antes de la adjudicación del contrato pues, de conformidad con la cláusula 26.8 del PCAP, de no cumplimentarse adecuadamente este requisito en el plazo señalado, se entenderá que el propuesto como adjudicatario ha retirado su oferta, procediéndose a recabar la documentación al licitador siguiente. En realidad, bajo una apariencia de criterio de adjudicación se está valorando un criterio de solvencia técnica o profesional pues el poder adjudicador lo que pretende asegurar es la disposición de medios materiales desde el inicio del contrato por diversas vías.

El criterio impugnado dificulta el acceso de las empresas al contrato pues exige que los licitadores tengan que realizar una inversión muy fuerte para poder obtener los 6 puntos correspondientes a este aspecto de la valoración de la oferta cuando el objetivo perseguido se cumple a través del diseño del procedimiento de adjudicación por lo que se está conculcando el art. 1 y 139 del TRLCSP. Por esta razón, el criterio de adjudicación debe ser declarado nulo y no por aplicación del artículo 32.d) del TRLCSP pues, habida cuenta que podrán disponer de vehículos operativos empresas que operen en el ámbito privado, el criterio debatido no da ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.

UNDÉCIMO: El tercero de los motivos impugnatorios debe ser desestimado pues, tal y como alega el poder adjudicador en su informe, el art. 151.2 del TRLCSP es el que impone al órgano de contratación la obligación de requerir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa, entre otras, de disponer efectivamente de los medios que se



hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme, por lo que no es un plazo del cual pueda disponer el órgano de contratación.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41.3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por FALCK VL SERVICIOS SANITARIOS, S.L. contra los pliegos del contrato de “prestación de servicios de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales y en vehículos de transporte sanitario colectivo para pacientes del área de salud de Gipuzkoa y municipios limítrofes de Bizkaia (Ermua y Mallabia) y de Álava (Aramaio), promovido por el Departamento de Salud, declarando nulo el criterio de adjudicación de “Número de vehículos operativos ofertados”.

SEGUNDO: Levantar la suspensión acordada por la Resolución B-BN 20/2015, de 15 de septiembre de 2015, de este órgano resolutorio.

TERCERO: Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

CUARTO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.



QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko urriaren 20a

Vitoria-Gasteiz, 20 de octubre de 2015