



EB 2017/015

Resolución 028/2017, de 23 de febrero de 2017, 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 en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas integrada por AMBUBASK, S.A., TRANSPORTE SANITARIO BIZKAIA, S.L. y SERVICIO ASISTIDO MÉDICO URGENTE, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación y contra la admisión de otro licitador en el contrato de “Servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi” tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 5 de enero de 2017, la Unión Temporal de Empresas integrada por AMBUBASK, S.A., TRANSPORTE SANITARIO BIZKAIA, S.L. y SERVICIO ASISTIDO MÉDICO URGENTE, S.L. (en adelante, UTE EMERBASK) interpuso en el registro del órgano de contratación un recurso especial en materia de contratación contra su exclusión del procedimiento de adjudicación y contra la admisión de otro licitador en el contrato “Servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi” tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El recurso, el expediente 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) se recibieron en el registro de este Órgano Administrativo de Recursos Contractuales / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen



inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el día 24 de enero de 2017.

TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados con fecha 25 de enero, con fecha 31 de enero se recibieron las de UTE LARRIALDIAK.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Constan en el expediente la legitimación del recurrente y la representación de don A.L. M.C que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Según el artículo 40.1 b) del TRLCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 209.000 euros.

TERCERO: El recurrente articula dos pretensiones, que son, en síntesis, las siguientes:

a) La anulación de su exclusión del procedimiento de adjudicación por haber superado los importes unitarios máximos de tres de los lotes en los que se divide el objeto del contrato o, subsidiariamente, que se proceda a indemnizarle en la cuantía que resulte de aplicar el 6% del beneficio industrial respecto del importe del presupuesto que se determine como correcto en el procedimiento ordinario 344/2016, seguido ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (TSJPV); en este procedimiento, el recurrente impugnó el presupuesto asignado a los lotes I, II y III del contrato ahora impugnado por estimar, en resumen, que no se ajustaban al mercado.

b) La exclusión de la Asociación de Ayuda en Carretera (DYA) y de la UTE que dicha entidad forma con Servicios Sociosanitarios Generales, S.L. por carecer la primera de habilitación para ejercer el transporte sanitario público, de



acuerdo con la doctrina establecida en la sentencia 540/2016, de 13 de diciembre, del TSJPV.

La admisión a trámite de la pretensión descrita en la letra a) tiene un claro encaje legal en el artículo 40.2 b) TRLCSP. Este precepto establece que son susceptibles de recurso especial los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, añadiendo que se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores. Por lo que se refiere a la petición de indemnización que se solicita subsidiariamente a la pretensión principal, se trata de una cuestión de fondo que se analizará más adelante.

Consecuentemente, debe rechazarse la alegación de la UTE LARRIALDIAK en el sentido de que la pretensión debe inadmitirse por existir la llamada “cosa juzgada administrativa” en virtud de la Resolución 69/2016 del OARC / KEAO, que desestimó otro recurso de la UTE EMERBASK contra los pliegos de la licitación por entender que el presupuesto del contrato no era ajustado al mercado (resolución que es objeto del citado procedimiento ordinario 344/2016, actualmente pendiente de sentencia). Debe tenerse en cuenta que falta un requisito esencial para considerar la existencia de esta excepción procesal, pues el objeto de ambos litigios es distinto: en el primer caso se trataba de los pliegos y ahora de un acto de exclusión de la oferta, por lo que se trata claramente de dos actos diferentes y no puede el segundo considerarse una mera reiteración o reproducción del primero, por mucho que sea una aplicación del contenido de los pliegos impugnados en su día y cuya validez fue confirmada en la Resolución 69/2016 de este Órgano.

En cambio, la pretensión de que sea rechazada la proposición de otro licitador por carecer de la habilitación necesaria debe inadmitirse. La aceptación de una



oferta no es un acto susceptible de recurso especial por no tratarse de ninguno de los actos previstos en el artículo 40.2 del TRLCSP; en particular, no se trata de ninguno de los “actos de trámite cualificados” previstos en el artículo 40.2 b) TRLCSP, pues no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, no determina para el recurrente la imposibilidad de continuar el procedimiento ni tampoco produce indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos porque si el licitador al que se refiere el recurso resultara ser adjudicatario, el recurso especial contra dicha adjudicación podría basarse, en su caso, en su falta de habilitación (ver, como ejemplo de una reiterada doctrina de los órganos de resolución de recursos contractuales, la Resolución 114/2014 del OARC / KEAO). Por otro lado, esta conclusión no se altera por el contenido de la citada sentencia 540/2016, del TSJPV, pues no se refiere a este procedimiento y, sin perjuicio de que su doctrina pueda ser aplicable a él, ello no altera el régimen de impugnación de los actos diseñado en los artículos 40 y siguientes del TRLCSP.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Los motivos que fundamentan el recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) La oferta presentada por el recurrente fue rechazada por ser superior a los precios unitarios máximos fijados para los lotes 1, 2 y 3, estando aún pendiente de sentencia el procedimiento ordinario nº 344/2016 ante el TSJPV, en el que se impugnan dichos precios unitarios.

b) El recurrente entiende que el precio máximo fijado en los pliegos no se ajusta al mandato de ajustarse a los precios habituales del mercado; por ello, su oferta se ajustó a los cálculos reales de los costes asociados al contrato



pues, de otro modo, se pondría en riesgo el cumplimiento del contrato y de las obligaciones que conlleva, entre ellas las salariales. En suma, se ha ofrecido el precio correcto que, según UTE EMERBASK, será estimado por el TSJPV; de hecho, son el resto de las ofertas las que habrían incurrido en temeridad y deberían ser excluidas.

c) La exclusión de la proposición de EMERBASK se produce sin que se le haya dado la audiencia prevista en el artículo 152.3 TRLCSP para las ofertas inicialmente consideradas como anormales o desproporcionadas, prescindiendo por lo tanto del procedimiento legalmente establecido.

d) Finalmente, se solicita la declaración de nulidad de la exclusión impugnada o, subsidiariamente, la indemnización en un 6% del presupuesto que resulte para el contrato de la sentencia que finalice el procedimiento ordinario nº 344/2016, en concepto de beneficio industrial.

SÉPTIMO: La UTE LARRIALDI AK alega, en síntesis, los siguientes argumentos para oponerse a la estimación del recurso:

a) El recurso se empeña en reabrir el debate sobre la validez de la estimación del presupuesto del contrato, cuestión que ya resolvió la Resolución 69/2016.

b) La recurrente ha sido excluida por presentar una oferta económica que no cumple con lo previsto en los pliegos por superar los precios unitarios máximos permitidos por el órgano de contratación; incluso en el caso de que el TSJPV estimara su recurso contencioso administrativo se anularían los pliegos y con ellos todo el proceso de licitación, por lo que UTE EMERBASK nunca sería adjudicataria en los términos en los que ha redactado su oferta.

c) La indemnización que solicita solo puede solicitarse por la adjudicataria del servicio, condición a la que nunca puede aspirar la recurrente porque ha solicitado la nulidad de los pliegos y porque su oferta ha sido excluida.

d) La recurrente pretende que el OARC / KEAO haga un juicio anticipado del resultado de la sentencia que pondrá fin al procedimiento judicial pendiente.



OCTAVO: El poder adjudicador solicita la desestimación del recurso con las alegaciones que, a continuación, se resumen:

a) La cuestión de la corrección de la estimación del presupuesto del contrato fue resuelta por el OARC / KEAO en su Resolución 69/2016, que desestimó la impugnación del ahora recurrente. Contra dicha resolución se planteó recurso contencioso administrativo (procedimiento ordinario 344/2016), actualmente pendiente de sentencia. En dicho procedimiento se dictó el Auto de 24 de octubre de 2016, que rechaza la petición de medida cautelar del recurrente para suspender la ejecutividad de la citada Resolución teniendo en cuenta, entre otras cosas, que detrás de la solicitud está la intención de UTE EMERBASK de perpetuarse en la ejecución de la prestación que ahora se pretende contratar; por ello, el poder adjudicador entiende que este Órgano debiera barajar la posibilidad de imponer la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP.

b) La vía judicial abierta por el recurrente finalizará en su día con una sentencia que accederá o no a su pretensión; mientras tanto, el procedimiento de adjudicación sigue su curso con arreglo a los pliegos vigentes, siendo las estimaciones de presupuesto contractual realizadas por UTE EMERBASK meros datos interesados.

c) La exclusión es correcta porque la oferta supera el presupuesto máximo, sin que el TRLCSP pida que previamente deba darse audiencia previa.

NOVENO: La cuestión central del recurso es determinar la corrección de la exclusión de la oferta por superar los importes máximos de precio unitario de cada lote. De un simple contraste entre la proposición del recurrente y la cláusula 4.1 de la carátula del PCAP se deduce que, efectivamente, dichos importes son ampliamente superados. De hecho, el recurrente no solo no niega que esta infracción exista, sino que reconoce que es deliberada, pues no ha tomado como referencia los importes consignados en los pliegos, sino los que, según él, en su día van a considerarse correctos por el TSJPV en la sentencia



que ponga fin al procedimiento ordinario 344/2016, en el que se impugna la Resolución 69/2016 de este Órgano. Esta resolución confirmó la validez de los pliegos y goza de plena ejecutividad, según el auto de dicho tribunal de 24 de octubre de 2016, que desestimó la solicitud de suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación. Llegados a este punto, no cabe ninguna duda de que el órgano de contratación no podía tomar ninguna decisión diferente de la pura y simple exclusión de la oferta. Por otro lado, la alegación de que la exclusión debió ser precedida del procedimiento previsto en el artículo 152.3 TRLCSP para determinar si una proposición debe calificarse como anormal o desproporcionada no solo es inaceptable, sino manifiestamente absurda, pues ese procedimiento sirve para identificar las ofertas de cuya viabilidad se duda por ser sospechosamente baratas, no para que se justifiquen las que superan el presupuesto máximo; además, de manera inconsecuente, el recurrente pide que se excluyan todas las demás ofertas por ser temerarias no respecto al presupuesto fijado en los pliegos sino respecto a otro calculado por él. Finalmente, la solicitud subsidiaria de una indemnización no tiene el más mínimo fundamento, no solo porque no se basa en ninguna infracción legal, sino porque UTE EMERBASK pretende, en el fondo, que este OARC / KEAO anticipe una decisión que corresponde al TSJPV en el marco del proceso pendiente. En consecuencia, y sin perjuicio de lo que en su día determine dicho tribunal sobre la validez de los pliegos que rigen la licitación, el motivo de recurso debe desestimarse.

DÉCIMO: El poder adjudicador plantea la posibilidad de que se imponga la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP. Este precepto establece la posibilidad de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, acordando la imposición de una multa al responsable de la misma. En este sentido, debe tenerse en cuenta que una de las dos pretensiones del recurso ni siquiera se ha referido a un acto impugnado, según la literalidad del TRLCSP y de acuerdo con una doctrina constante de todos los órganos de resolución de recursos contractuales, ampliamente conocida. Por lo que se refiere a la otra pretensión, no se basa en hechos acreditados ni argumentos jurídicos, sino que parte de lo



que el recurrente entiende que debieran decir los pliegos y de una interpretación absurda e inconsecuente del procedimiento de identificación de ofertas temerarias. A todo ello hay que añadir dos consideraciones más: la primera, que la mala fe no nace con la interposición del recurso, sino que se origina con la presentación consciente y deliberada de una oferta que la UTE EMERBASK sabía destinada a la exclusión, y la segunda, que no puede alegarse ignorancia de la legislación aplicable al debate porque el recurrente ha participado en otras licitaciones y, en particular, en procedimientos de resolución de recursos especiales, bien sea como recurrente (Resoluciones 69/2015 y 69/2016) o como alegante (Resolución 98/2014), aportando en ellos argumentos fundados en Derecho. Por todo ello, debe imponerse la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP en su grado mínimo, al no haber tenido el recurso efecto suspensivo sobre el procedimiento ni acreditarse daños concretos a la Administración o los demás licitadores.

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 / Euskara Autonomía Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Unión Temporal de Empresas integrada por las empresas AMBUBASK, S.A., TRANSPORTE SANITARIO BIZKAIA, S.L. y SERVICIO ASISTIDO MÉDICO URGENTE, S.L. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación en el contrato de “Servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la red de transporte sanitario urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma de Euskadi” tramitado por la Administración General de



la Comunidad Autónoma de Euskadi, e inadmitir a trámite la pretensión de que se excluya a otro licitador.

SEGUNDO: Imponer la sanción prevista en el artículo 47.5 TRLCSP por importe de 1.000 euros.

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

CUARTO: 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, 2017ko otsailaren 23a

Vitoria-Gasteiz, 23 de febrero de 2017