EB 2014/94

Resolución 98/2014, de 30 de septiembre de 2014, 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 AMBUIBÉRICA, S.L. frente al acuerdo de adjudicación del contrato "Servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma del País Vasco", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 11 de agosto de 2014 la empresa AMBUIBÉRICA, S.L. (en adelante, "AMBUIBÉRICA") interpuso ante el Registro de la Administración General del País Vasco un recurso especial en materia de contratación contra el acuerdo de adjudicación del contrato "Servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma del País Vasco", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, referido a los lotes 8, 9, 10, 11, 14, 16, 18, 22 y 29.

El recurso especial, el expediente de contratación y el informe al recurso del artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada 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) el día 13 de agosto de 2013.

SEGUNDO: Solicitadas el día 18 de agosto de 2014 alegaciones a los interesados, se han recibido en el plazo otorgado las de la UTE EMERBASK, la UTE LRK EMERGENTZIAK S. COOP / EULEN SOCIOSANITARIOS S.A. y las de la ASOCIACIÓN DE AYUDA EN CARRETERA DE BIZKAIA – BIZKAIKO BIDE LAGUNTZA – DYA (en adelante, "DYA").

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El artículo 40.1 a) del TRLCSP prevé que serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación 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 207.000 euros.

TERCERO: Según el artículo 40.2 c) TRLCSP, podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

CUARTO: Consta la legitimación del recurrente y la representación de Don C. M.F. que actúa en su nombre.

QUINTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, pues su fecha de entrada en registro del órgano de contratación fue el 11 de agosto y el acto impugnado se remitió el 22 de julio.

SEXTO: 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, a tenor de lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SÉPTIMO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) El contrato se ha configurado como un contrato de servicios, cuando debió configurarse como contrato de gestión de servicio público, habida cuenta de que el destinatario del servicio es el ciudadano y no la Administración. Debe

tenerse en cuenta que el transporte de enfermos es un servicio público que se integra dentro de las prestaciones sanitarias que ha de garantizar el Sistema Nacional de Salud, el cual se presta en este caso mediante la encomienda de su gestión a entidades privadas.

b) Los adjudicatarios DYA y CRUZ ROJA ESPAÑOLA (en adelante, "CRE"), entidades sin ánimo de lucro, no cumplen con los Pliegos, que requieren que los licitadores presenten la documentación acreditativa de la habilitación empresarial o profesional exigida por la normativa que regula la realización de la actividad o prestación contractual. Esta habilitación es la autorización. El artículo 10 de la Orden PRE/1435/2013, de 23 de julio, por la que se desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres en materia de transporte sanitario por carretera prohíbe que esta autorización pueda otorgarse a personas jurídicas sin ánimo de lucro, y la Disposición Adicional Segunda de la misma Orden, que regula el transporte sanitario de entidades benéficas, tampoco ampara que estas entidades presten el servicio objeto del contrato.

c) Los licitadores DYA y CRE son entidades sin ánimo de lucro que reciben subvenciones públicas, están en ocasiones exentas del pago de impuestos, cuentan con todo tipo de aportaciones y colaboraciones de personas físicas y jurídicas, incluido personal voluntario y donación de las ambulancias. Sin perjuicio de la importancia de su labor social y humanitaria, el objeto del contrato no es el campo en el que deben desarrollar su actividad, pues en él se comportan como cualquier otro operador económico en competencia con otras empresas que se encuentran en desventaja frente a dichas entidades sin ánimo de lucro, pues no disfrutan de las mismas aportaciones y subvenciones. La no exclusión de DYA y CRE a pesar de que carecen de la preceptiva autorización administrativa puede constituir un acto de falseamiento de la libre competencia.

d) Las ofertas presentadas por los adjudicatarios a los lotes impugnados conllevan que no pueda garantizarse la viabilidad del contrato, habida cuenta

de las bajadas de precio, claramente no ajustadas al mercado; en este sentido, el importe de la oferta no cubre ni siquiera los gastos de personal. Estos gastos afectarán en todo caso al adjudicatario, habida cuenta de la obligación de subrogación del personal. En el caso de las ofertas adjudicatarios de los lotes 8, 10 y 29 la temeridad se puede apreciar también aplicando el artículo 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). A pesar de ello, no se han solicitado ni la justificación de la oferta ni el informe del servicio técnico correspondiente.

e) Finalmente, solicita la exclusión de DYA y CRE del procedimiento de adjudicación y la de la oferta de la UTE LARRIALDIAK, S. COOP. / EULEN SOCIOSANITARIOS, S.A. al lote 9, así como la adjudicación al recurrente de los lotes 8, 9, 10, 11, 14, 16, 18, 22 y 29.

OCTAVO: DYA solicita la desestimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) El recurrente pretende distorsionar la naturaleza del contrato para hacer creer que son exigibles autorizaciones que en realidad no son necesarias para la realización del objeto contractual. La documentación contractual no menciona que se trate de un contrato de gestión de servicios públicos, por lo que no es aplicable el artículo 10 de la Orden PRE/1435/2013, que se inserta dentro del Capítulo II, relativo al régimen de las autorizaciones de transporte público, que no es el caso. Esta Orden, además, se refiere al transporte público que se pretende realizar en todo el territorio nacional, cuando el contrato es para prestar servicios en la Comunidad Autónoma del País Vasco.

b) La DYA cuenta con las pertinentes autorizaciones (tarjeta de transporte y certificación técnico sanitaria) para los vehículos ofertados en la licitación, lo que le permite desarrollar la actividad de transporte sanitario objeto del contrato. En la tarjeta de transporte se hace constar que es para transporte privado complementario; una vez emitido por la propia Administración (en este caso, el Ministerio de Fomento) un juicio positivo sobre la capacidad de DYA

para realizar transporte sanitario, no es el recurso especial en materia de contratación el cauce adecuado para poner en duda dicha capacidad. Se cita en apoyo de la argumentación la sentencia de 23 de septiembre de 2005 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla – León.

c) Las entidades sin ánimo de lucro pueden ser contratistas de la Administración para la prestación del servicio de transporte sanitario, sin que ello suponga vulneración de las normas sobre competencia, siempre que, como es el caso de DYA, su objeto social sea adecuado.

d) El punto 30.1 de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) establece que pueden considerarse inicialmente incursas en anormalidad o desproporción las ofertas inferiores en más de un 20% a la media aritmética de todas las ofertas presentadas, debiendo en ese caso seguirse el procedimiento previsto en el artículo 152 TRLCSP. Las bajas ofertadas por DYA en los lotes en los que ha resultado adjudicataria no superan en ningún caso ese límite, y en el caso de los lotes 8 y 10, además, la segunda mejor puntuación no es la del recurrente, que carece por ese motivo de legitimación para impugnar la adjudicación. Por otro lado, los datos sobre costes laborales en los que apoya su recurso no coinciden con los que ha facilitado a la Administración para cumplimentar el Pliego, lo que demuestra la falta de rigor de la argumentación.

NOVENO: La UTE LRK EMERGENTZIAK S. COOP. / EULEN SOCIOSANITARIOS S.A. alega que es improcedente comparar el precio ofertado y los supuestos costes del servicio para poner en duda la viabilidad de la ejecución del contrato bajo las condiciones propuestas; asimismo, señala que el hipotético incumplimiento futuro del contrato es una cuestión ajena al ámbito del recurso especial. Por otra parte, el recurso se limita a alegar una inexistente inviabilidad sin ofrecer el más mínimo soporte probatorio. Solicita que la exclusión de CRE y DYA, de estimarse el recurso, se extienda a todos lotes a los que han concurrido.

DÉCIMO: La UTE EMERBASK solicita que, si se estima la exclusión de CRE, se haga extensiva a todos los lotes en los que ha participado.

UNDÉCIMO: El poder adjudicador alega, en síntesis, lo siguiente:

a) Para que exista una concesión de servicios, es necesario que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios; si no existe esa transmisión del riesgo, el contrato será un contrato de servicios y no un contrato de gestión de servicio público. Dado que en el contrato impugnado no hay transmisión del riesgo de explotación, la calificación correcta es la de contrato de servicios.

b) De acuerdo con lo dispuesto en la Orden PRE/1435/2013, la autorización para la realización de transporte sanitario de CRE y DYA siempre será calificada como "privada complementaria", pero el hecho de que la denominación sea diferente no conlleva que estas entidades no estén habilitadas para llevar a cabo la actividad contratada, y el órgano de contratación no puede limitar la concurrencia dejando estos operadores económicos fuera de la licitación cuando la propia Orden prevé en la Disposición Adicional Segunda la posibilidad de que la lleven a cabo. Por otro lado, no se cumplen los requisitos para apreciar competencia desleal (que exista una infracción normativa, que de esa infracción se derive una ventaja competitiva, que dicha ventaja sea significativa y que el autor de la deslealtad se aproveche en el mercado de esa ventaja).

c) El PCAP establece que incurren en baja temeraria las ofertas inferiores en más de un 20% a la media aritmética de todas las ofertas admitidas. Aplicada la fórmula, ninguno de los licitadores está incurso en anormalidad, por lo que no hubo lugar a pedir aclaraciones al respecto.

DUODÉCIMO: En primer lugar, debe analizarse el reproche del recurso a la calificación jurídica elegida por el poder adjudicador; en concreto, se estima que debió calificarse como contrato de gestión de servicio público y no como

contrato de servicios. Este motivo de impugnación debe desestimarse porque se refiere al contenido de los Pliegos, que son los documentos que recogen el régimen legal del contrato y que en este caso no fueron impugnados en tiempo y forma, por lo que debe primar el carácter preclusivo del plazo de interposición del recurso (TSJUE Sentencia de 12 de diciembre de 2002, Universale-Bau AG y otros contras Entsorgungsbetriebe, C-470/99, apartados 75 y 76). En este sentido, tal y como afirma una reiteradísima doctrina y jurisprudencia, los pliegos rigen el procedimiento de adjudicación, debiendo tanto el poder adjudicador como los licitadores sujetarse a su contenido.

DECIMOTERCERO: Por lo que se refiere a la supuesta falta de autorización administrativa de DYA y CRE para realizar la actividad objeto del contrato, este Órgano entiende que, resultando acreditada la clasificación de ambos en el Grupo R, Subgrupo 02, Categoría D (Traslado de enfermos por cualquier medio de transporte), ha de considerarse que las citadas entidades cuentan con la habilitación necesaria. En este sentido, el artículo 67.2 TRLCSP establece que, para proceder a la clasificación será necesario que el empresario acredite que se encuentra legalmente habilitado para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales y reunir los requisitos de colegiación o inscripción u otros semejantes que puedan ser necesarios (ver la Resolución 218/2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales). Llegados a este punto, no corresponde a este Órgano juzgar la validez del certificado de clasificación, ni es precisa más valoración sobre la suficiencia de la habilitación de las entidades adjudicatarias, la cual debió efectuarse en el marco del procedimiento de clasificación. No obstante, no pueden dejar de apuntarse dos cuestiones:

a) El artículo 43.1 b) de la Ley 16/1987, de ordenación de transportes terrestres y el artículo 10 de la Orden PRE/1435/2013 prohíben que las entidades sin ánimo de lucro obtengan una autorización de transporte público (es decir, aquél que se lleva a cabo por cuenta ajena mediante retribución económica, según el

artículo 62.2 de la Ley 16/1987). Sin embargo, la disposición adicional undécima de la Ley y la disposición adicional segunda de la Orden permiten que, en ciertos casos, algunas de estas entidades puedan obtener una autorización para transporte privado complementario que, ampliando la definición que de este tipo de transporte se da en el artículo 62.3 de la Ley (el que se lleva a cabo por cuenta propia como complemento de otras actividades principales del mismo sujeto y directamente vinculados al adecuado desarrollo de dichas actividades), les faculte para prestar servicios como los que son objeto del contrato analizado.

b) Entre los supuestos en los que, según la disposición adicional undécima de la Ley 16/1987, la autorización de transporte privado complementario de CRE y entidades similares puede ser suficiente habilitación para prestar servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias, figuran al menos dos que, a juicio de este Órgano, pueden ser aplicables al caso: «Servicios de transporte sanitario que se desarrollen en un territorio en que los medios de transporte público y oficial existentes resulten insuficientes para atender las necesidades de esta clase de transporte en dicho territorio» y «Servicios de transporte sanitario que se desarrollen en un territorio en que el nivel de competencia sea insuficiente o inadecuado para garantizar la libre elección de usuario, a juicio del órgano que ostente la competencia en materia de sanidad en dicho territorio», letras g) y h) del párrafo 1 de la disposición, respectivamente.

DECIMOCUARTO: Respecto a la consideración de que las entidades sin ánimo de lucro, como las adjudicatarias impugnadas, no debieran participar en licitaciones públicas pues ése no es el campo en el que deben desarrollar su labor social o humanitaria, debe recordarse que la legislación contractual no excluye la posibilidad de que dichas entidades sean adjudicatarias de contratos públicos. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por su parte, ha aceptado expresamente esta posibilidad (ver, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre 2012, asunto C-159/11, apartado 26). Por lo que se refiere a las ventajas competitivas de las entidades sin ánimo de lucro que el recurrente cita (subvenciones, colaboraciones voluntarias, exenciones tributarias, etc.), se observa que simplemente se mencionan o se dan por

supuestas, pero no son objeto de la más mínima prueba o concreción, ni tampoco se argumenta en qué afectan a este específico procedimiento de adjudicación. Por otro lado, y desde el punto de vista de la contratación pública, único que este Órgano puede adoptar, ninguna de esas ventajas (ni las ventajas similares de las que puede disfrutar una empresa mercantil) sería, en principio, ilegítima, pues están amparadas por las normas correspondientes; cuestión diferente es que se acredite la existencia de una ayuda de estado ilegal, cosa que no se ha planteado, que sí podría dar lugar a desigualdades entre las empresas con repercusión en el procedimiento (ver, por ejemplo, el artículo 152.3 TRLCSP). En suma, la alegación sobre la imposibilidad de que las entidades sin ánimo de lucro sean invitadas a la licitación debe desestimarse.

DECIMOQUINTO: Debe desestimarse, también, el motivo de recurso basado en la supuesta temeridad de las ofertas que han resultado adjudicatarias. De acuerdo con el artículo 152.2 TRLCSP, cuando un contrato deba adjudicarse mediante la aplicación de varios criterios, la anormalidad sólo puede apreciarse inicialmente en relación con los parámetros objetivos señalados en los Pliegos. En este caso, la cláusula 33 de la carátula del PCAP establece que incurren en baja temeraria las ofertas inferiores en más de un 20% a la media aritmética de todas las ofertas admitidas. Dado que las bajas de las ofertas impugnadas no superan dicho límite, es improcedente cualquier comparación entre el precio ofertado y los costes del servicio para poner en duda la viabilidad de la ejecución del contrato bajo las condiciones propuestas (ver, por todas, la Resolución 100/2013 de este Órgano).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 41. 3 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava del a 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.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por AMBUIBÉRICA, S.L. contra el acuerdo de adjudicación del contrato "Servicios de transporte y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la Comunidad Autónoma del País Vasco", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento operada por el artículo 45 TRLCSP.

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, 2014ko irailaren 30a

Vitoria-Gasteiz, 30 de septiembre de 2014