



Roj: **STSJ PV 3715/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:3715**

Id Cendoj: **48020330012016100505**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **30/11/2016**

Nº de Recurso: **543/2015**

Nº de Resolución: **525/2016**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL PAIS VASCO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO Nº 543/2015**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**SENTENCIA NUMERO 525/2016**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JOSÉ DAMIÁN IRANZO CEREZO

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a treinta de noviembre de dos mil dieciséis.

La Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, compuesta por el Presidente y Magistrados/as antes expresados, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el recurso registrado con el número 543/2015 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la CAPV, -en adelante OARC-, de 3 de Julio de 2.015, que desestimó el Recurso Especial EB 2015/055 interpuesto por la hoy recurrente contra la adjudicación a la "UTE, LARRIALDIAK, S.COOP-LRK EMERGENTZIAK-EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.I", del contrato de servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la C.A.E. Dicha Resolución fue adoptada por el Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco el 24 de Abril de 2.015

Son partes en dicho recurso:

- **DEMANDANTE** : AMBUIBERICA S.L., representada por la Procuradora Doña ARANZAZU ALEGRIA GUEREÑU y dirigida por el Letrado Don JOSÉ PUENTE ORENCH.

- **DEMANDADA** : La ADMINISTRACIÓN GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO, representada y dirigida por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

-**OTRA DEMANDADA**: ISCAN SERVICIOS GENERALES SL, representada por el Procurador Don JAIME VILLAVEVERDE FERREIRO y dirigida por el Letrado Don NICOLÁS PÉREZ JIMÉNEZ.

-**OTRA DEMANDADA**: UTE LARRIALDIAK-EULEN RTSU EUSKADI 2014, representada por el Procurador Don IÑIGO OLAIZOLA ARES y dirigida por el Letrado Don JUAN QUEL LÓPEZ.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA.



## I.- ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El día 1 de octubre de 2015 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña ARANZAZU ALEGRIA GUERENU actuando en nombre y representación de AMBUIBERICA SL, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la CAPV, - en adelante OARC-, de 3 de Julio de 2.015, que desestimó el Recurso Especial EB 2015/055 interpuesto por la hoy recurrente contra la adjudicación a la "UTE, LARRIALDIK, S.COOP-LRK EMERGENTZIAK-EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.I", del contrato de servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la C.A.E. Dicha Resolución fue adoptada por el Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco el 24 de Abril de 2.015; quedando registrado dicho recurso con el número 543/2015.

**SEGUNDO.-** En el escrito de demanda se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia en base a los hechos y fundamentos de derecho en el expresados y que damos por reproducidos.

**TERCERO .-** En los escritos de contestación, en base a los hechos y fundamentos de derecho en ellos expresados, se solicitó de este Tribunal el dictado de una sentencia por la que se desestimen los pedimentos de la actora

**CUARTO.-** Por Decreto de 5 de septiembre de 2016 se fijó como cuantía del presente recurso la de 1.221.254,4 euros.

**QUINTO.-** Por resolución de fecha 21 de octubre de 2016 se señaló el pasado día 27 de octubre de 2016 para la votación y fallo del presente recurso.

**SEXTO.-** En la sustanciación del procedimiento se han observado los trámites y prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso-administrativo se ha promovido por la sociedad mercantil *Ambuibérica, S.L* contra la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la CAPV, - en adelante OARC-, de 3 de Julio de 2.015, que desestimó el Recurso Especial EB 2015/055 interpuesto por la hoy recurrente contra la adjudicación a la "UTE, LARRIALDIK, S.COOP-LRK EMERGENTZIAK-EULEN SERVICIOS SOCIO SANITARIOS S.I", del contrato de servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente (RTSU) de la C.A.E. Dicha Resolución fue adoptada por el Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco el 24 de Abril de 2.015.

En particular, examina el órgano de recursos el RE-EB 2015/055, (acumulado a otro que no es del caso), en los F.J. Séptimo a Duodécimo -F. 40 a 45 de estos autos-.

El fundamento en vía jurisdiccional de que se anulen tanto la resolución del Viceconsejero de Salud que adjudicó el contrato como la dictada por el OARC-KEAO; y de que se excluya de la licitación a la firma *Eulen Servicios Sociosanitarios, S.A* (*Eulen*) y a la propia UTE; así como de que se adjudiquen los lotes 1, 2,3 4 al siguiente licitador clasificado, que sería la recurrente, con otros pronunciamientos indemnizatorios, se puede sintetizar del modo que sigue;

Se desarrollan los antecedentes relativos a la convocatoria para dichos 4 lotes (bases de ambulancias en diferentes localidades de la CAPV) como contrato de gestión de servicios públicos a los que la actora concurrió, destacando las características del servicio con ambulancias Clase B (soporte vital básico) y Clase C (soporte vital avanzado con enfermería), y otros detalles del curso del procedimiento, en que se indica que la actora ya alegó la falta de habilitación profesional requerida por parte de *Eulen*, sobre lo que se pronunció el 15 de enero de 2.015 la Junta Asesora de Contratación Administrativa del Departamento de Hacienda y Finanzas, - en lo sucesivo JACA-, dispensando de dicha exigencia ante la acreditación por parte de la otras integrantes de la UTE, y siempre y cuando la intervención de *Eulen* no alcanzase a ninguna de las actuaciones a las que se refieren las autorizaciones y sí solo a *actividades complementarias*. Unas posteriores alegaciones se centraron en que tal premisa no se cumpliría, y fueron rechazadas en base a que *Eulen* no tenía un porcentaje mayoritario, cuando realmente pudo luego comprobarse que era del 40% frente al 30% de las otras dos, a todo lo cual la resolución de adjudicación no dio respuesta alguna, si bien el informe jurídico Anexo IV de 27 de enero de 2015 que se transcribe, justificaba la excepción en función de existir prestaciones complementarias de "*asistencia sanitaria*" propias del objeto social de la referida oponente, lo que merece la disconformidad de la actora habida cuenta que todo el personal sanitario debe viajar en ambulancia.

En los fundamentos estrictamente de derecho sostiene seis diferentes infracciones que se resumen de este modo;



-Nulidad de la adjudicación en base a los artículos 32.b) y 54.2 del TRLCSP 3/2011, de 14 de Noviembre, por ausencia de capacidad de obrar de una de las empresas integrantes de la UTE adjudicataria, por carecer de las autorizaciones requeridas para el transporte sanitario.

-Nulidad de la adjudicación en base a los artículos 62 y 32.b) del TRLCSP, por falta de solvencia técnica de dicha integrante de la UTE al carecer de las referidas autorizaciones.

-Anulabilidad de la misma por incumplirse las condiciones impuestas por la JACA en informe de 24 de Abril de 2015. O bien por incumplirse las cláusulas 14 y 28 del PCAP, (arts. 54 y 115 TRLCSP). También, por deber ser excluida la UTE, y, por último, por vulnerarse el principio de transparencia en el acceso al expediente.

Respecto de las dos primeras y fundamentales alegaciones, que en definitiva son las que van a definir la suerte del proceso, la parte recurrente en las páginas 15 a 33 de su escrito principal, mantiene en primer lugar la tesis de que falta la aptitud de la firma *Eulen* de acuerdo con los preceptos enunciados, y que debía cumplirse en el momento de finalizar el plazo para la presentación de ofertas, conforme a las citas de la JCCA que realiza y que confirma el artículo 146.5 del TR.

Se hace exposición de la normativa sobre transporte sanitario partiendo de la LOTT 16/1987 y de su Reglamento, y se aqueja la falta de habilitación exigida por el PCAP, en sus cláusulas 12.1.4; y 14.3; y 28.4 de la Carátula. Se examina luego el informe de la JACA del País Vasco, concluyendo que se está ante un requisito de legalidad y capacidad y no de solvencia, con invocación del criterio de diversos órganos administrativos, no siendo acumulable como las solvencias, sino exigible a todas y cada una de las integrantes de la UTE.

Respecto de la enunciada invalidez de la admisión por falta de solvencia técnica del artículo 62.1 TR, se pone el acento en que *Eulen* tampoco acreditó haber prestado ningún servicio de transporte sanitario en los últimos cinco años ni contar con medios organizativos ni con habilitación, de acuerdo con las anticipadas exigencias de la Carátula y con nuevas citas de la doctrina administrativa contractual.

Hecha esta inicial síntesis del fundamento de pedir del recurso, que no excluye el examen en lo necesario de los otros puntos que se articulan como derivación de los ya expuestos y que se presentan más como líneas argumentales implícitas en lo anterior que como verdaderas cuestiones con sustantividad propia, se va a hacer igualmente una referencia sintética a las razones de oposición que formulan tanto los Servicios Jurídicos Centrales de la Administración General de la CAPV, como las sociedades mercantiles integrantes de la UTE adjudicataria.

La Administración autora de la Resolución de adjudicación, -f. 258 a 280 de los autos-, destaca que siendo indudablemente preceptiva la autorización para realizar transporte sanitario conforme al artículo 135 ROTT y la Orden PRE/1435/2013, de 23 de Julio, *Eulen* la obtuvo de la D.F de Gipuzkoa el 1 de abril de 2015, antes de la adjudicación del contrato y después de concluir el plazo de presentación de proposiciones, y por ello cumple en la actualidad, al igual que las otras entidades que integran la UTE, con la normativa sanitaria de contar con la referida autorización, sin que la ausencia inicial se pueda equiparar a la falta de capacidad de obrar que con lo que si guardaría relación es con el objeto social de la Empresa licitadora, y que debe diferenciarse de la habilitación que la legislación sectorial exige por ser distintas condiciones de aptitud, acreditándose legalmente la primera con la escritura de constitución y los Estatutos sociales. Como norma especial de capacidad, el artículo 57 del TR solo permite que las personas jurídicas sean adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones se incluyan en el ámbito de su objeto y actividad, lo que se daría en el presente caso, tal y como advirtió el informe de 15 de enero de 2015 de la JACA, sin que el escrito de demanda haya llegado a cuestionar realmente esa relación entre objeto social y contrato.

En torno al momento de acreditación, y a diferencia de la capacidad de obrar, cabe la posibilidad de que la habilitación empresarial se exija con posterioridad y antes de iniciarse la ejecución del contrato, con cita del mismo informe. y del apartado 28.4 de la Carátula que remite la aportación de copias certificadas de la autorización de cada vehículo a momento anterior a la formalización del contrato, y no lo requiere en el momento de presentación de las proposiciones. Respecto del enunciado del artículo 146. TRLCSP, no considera comprendida en su ámbito la habilitación empresarial, ya que no ha de aportarse con las proposiciones documento acreditativo de dicha habilitación y remite, en su caso, al PCAP y anuncio de licitación, que en este caso nada dijeron al respecto. (Se cita el criterio de las resoluciones del OARC-KEAO 69/2015, de 3 de Julio y 8/2016, de 26 de enero). Deduce de todo ello que no se trata de un documento exigible al presentar las proposiciones.

Posteriormente se sostiene la posibilidad de que *Eulen* participase como integrante de la UTE pese a no disponer de la autorización de transporte sanitario, limitándose a realizar actividades complementarias y en base al informe de la Junta Asesora ya mencionado. Deduce de él que, al margen de que más tarde obtuviese la autorización, debe tenerse en cuenta que, aunque la mayor parte de las prestaciones se relacionen con el



transporte sanitario, existen otras actividades de escasa entidad y cuya consideración escapa al procedimiento de adjudicación y a este proceso. (Se mencionan algunas que realizaría dicha firma, rechazando que el porcentaje del 40% en que participa en la UTE tenga que ver con la actividad que realicen sus miembros).

Respecto de la falta de solvencia, se atiende, como el OARC, al artículo 24 del reglamento de la LCAP, que sanciona la acumulación de las características de cada integrante de la UTE siempre que todos y cada uno aporten alguna solvencia y se alcance el umbral en conjunto, y en este caso *Eulen* ha satisfecho ese requisito de necesidad de solvencia mínima con su volumen de negocio, aunque la realización de trabajos anteriores de transporte sanitario se acreditase únicamente por los otros componentes de la UTE. Se hace relación del punto 28.2 de la Carátula respecto de las exigencias de solvencia económica y técnica y de la acreditación por *Eulen* de su volumen de negocios en los tres últimos años.

La representación procesal de la UTE adjudicataria -f. 315 a 347-, suscita oposición en un sentido esencialmente coincidente, por lo que para evitar extensas reiteraciones argumentales en esta fase de exposición, se van a omitir en su desarrollo, a resultas de posteriores referencias que en lo especial se expresen en el curso de la presente resolución, en atención a doctrinas o criterios alegados.

**SEGUNDO.-** Siguiendo el orden de examen que deriva de la estructura impugnatoria que la parte recurrente ha configurado, y que comienza por atribuir infracción de nulidad radical a la Resolución mediante la que se adjudicó el contrato en función de la puesta en relación de los artículos 32.b) y 54.2 del TRLCSP 3/2011, de 14 de Noviembre, (por meras razones de régimen jurídico se prescinde de encuadrar en esa calificación a la propia Resolución del OARC-KEAO, que no incide directamente en ella), se trata de justificar la ausencia de capacidad de obrar de una de las Empresas integrantes de la UTE adjudicataria, *-Eulen-*, que carecería en el momento idóneo y determinante para apreciarlo, de las autorizaciones requeridas para el transporte sanitario por una normativa que resulta incuestionada en el proceso.

En esta lógica, se parte de la base de que a los licitadores, de conformidad con el punto 28.4 de la Carátula, les era exigible el régimen de autorizaciones previsto por los artículos 134 y 135 del ROTT aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de setiembre, que contiene las siguientes disposiciones;

"Artículo 134.2. Todos los vehículos de transporte sanitario, ya fueren de transporte público, privado u oficial, deberán contar con una certificación técnico- sanitaria expedida por el órgano competente en materia de sanidad en el lugar en que dicho vehículo esté residenciado, acreditativa del cumplimiento de las condiciones técnico-sanitarias a que se refiere el punto anterior. (...)

Artículo 135.1. 1. Para la realización de transporte sanitario será necesaria **la previa obtención de la correspondiente autorización administrativa**, otorgada bien para transporte público o para transporte privado. A efectos de control, la Administración **expedirá una copia de dicha autorización referida a cada uno de los vehículos que la empresa pretenda utilizar a su amparo**, previa comprobación de que cuenta con la certificación técnico-sanitaria regulada en el artículo anterior.

2. Las autorizaciones para la realización de transporte público sanitario serán otorgadas por el órgano estatal o autonómico competente en materia de transporte interurbano, previo informe favorable del municipio en el que haya de estar residenciado el vehículo".

En su desarrollo, (y en el del R.D 836/2012) la también invocada Orden PRE/1435/2013, de 23 de Junio, incorpora las siguientes determinaciones de interés para el presente litigio:

"Artículo 4. Documentación de las autorizaciones. Las autorizaciones reguladas en esta orden se documentarán a través de la expedición de las correspondientes tarjetas de transporte, en las que se especificará el número de la autorización, su titularidad, domicilio y demás circunstancias de la actividad que determine la Dirección General de Transporte Terrestre.

Se expedirá una **copia certificada de la autorización de transporte referida a cada uno de los vehículos de que disponga la empresa autorizada**. En dicha copia se especificarán, además de los datos obrantes en la autorización, la matrícula del vehículo al que concretamente se encuentre referida y demás circunstancias relativas a aquél que, en su caso, determine la Dirección General de Transporte Terrestre.

La copia de la autorización referida a cada vehículo deberá llevarse a bordo de éste siempre que se encuentre realizando transporte.

Las autorizaciones de transporte sanitario público, así como sus copias certificadas, se documentarán en tarjetas identificadas por la clave VS. Las autorizaciones de transporte privado complementario y sus copias se documentarán en tarjetas identificadas por la clave VSPC."



De este modo, autorización y "copias certificadas" son documentos distintos, y la coherencia plena del apartado 28.4 de la Carátula se encuentra en que la aportación de documentación que queda condicionada a que el titular resulte adjudicatario, y postergada al momento anterior a la formalización del contrato, es la de dichas copias certificadas atinentes a cada vehículo.

Este es el aspecto que parece haber llevado a error y a ciertas contradicciones a la Resolución del OARC recurrida, en su Fundamento Undécimo, cuando argumenta de una parte que el apartado 28.4 de la carátula del PCAP "solicita la presentación de la "autorización administrativa de la entidad para la realización del transporte sanitario por carretera" en el llamado sobre A", -página 13-, pero advirtiendo luego que las copias certificadas solo deberían presentarse antes de la formalización del contrato, termina por deducir, en base a análisis centrado en la previsión del artículo 146.2 TR, que aunque la firma *Eulen* obtuvo la autorización después de cerrarse el plazo de presentación de ofertas, no resultaba exigible la presentación de la habilitación con la proposición y que no puede ignorarse la presentación posterior una vez que obtuvo la autorización.

Sobre este enfoque, las partes codemandadas construyes unas tesis de oposición, como ya se ha resumido, que no pueden ser acogidas.

Esta misma Sala y Sección en Sentencia de 13 de mayo de 2013 (ROJ: STSJ PV 2090/2013 ) del R.C- A nº 1068/2011 , (confirmada por la del TS de 23 de diciembre de 2015 (ROJ: STS 5757/2015) en Casación nº 2224/2013 ), ha señalado respecto de controversia con rasgos comunes que;

"Acometiendo este esencial y decisivo punto de controversia, su primera faceta es la de la influencia que pudiera tener que los pliegos de condiciones del concurso para la adjudicación del servicio por medio de concierto, no hiciesen alusión específica a la necesidad de contar con autorización administrativa sanitaria, con el correlato de que, consentidos esos pliegos y bases, la parte actora participante no pudiera ya formular queja ni impugnación al respecto, tal y como señala la jurisprudencia, y con invocación por los demandados del artículo 129.1 LCSP . La codemandada "SHD", plantea ese óbice en claves de inadmisibilidad del recurso en lo afectante a la impugnación de las bases del concurso por dicho motivo. -Folios 353-354 de los autos-.

No obstante, la parte recurrente se remite con básico acierto al artículo 43, cuando en materia de "Condiciones de aptitud ", después de aseverar que, "1.-Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas", añade en el número 2, que "Los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato." (Subrayado nuestro).

El cometido de los pliegos de condiciones administrativas generales o particulares, - arts. 98 y 99 Ley 30/2.007, de 30 de Octubre -, no es otro que el de incluir los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por la Ley y sus normas de desarrollo, pero la inclusión o la omisión en ellos de una previsión legal o reglamentaria específica sobre aptitud para ejercer una profesión o actividad reglamentada, no la excluye, desplaza, ni deroga singularmente, una vez que carecen tales pliegos de toda naturaleza normativa y potencialidad innovadora al respecto. "

(...) Nos impone situar en dicho marco de la capacidad y solvencia técnica el problema de las previas autorizaciones, el propio tenor del artículo 7 del referido Decreto , respecto de las causas de resolución de los Conciertos Sanitarios, pues en su apartado 2 considera causa de incumplimiento del concierto, entre otras, f) la "Pérdida sobrevenida de la solvencia técnica, económica y financiera o revocación o caducidad de la autorización de apertura y funcionamiento o de la resolución de homologación".

En definitiva, centrada la revisión actual, en base al artículo 31 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2.007, no directamente en el contrato incumplido o su hipotética resolución, sino sobre la invalidez de origen por causa de los actos preparatorios o de adjudicación, por concurrir en los mismos alguna de las causas de derecho administrativo o de derecho civil a que se refieren los artículos siguientes, la causa de nulidad de derecho administrativo del artículo 32 que se hace aplicable, sin necesidad de remitirse a las generales del artículo 62.1 LRJ-PAC , (como hace la parte recurrente) es la de "falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49 ". Esta es, por demás, la causa que se amolda a la calificación general como "empresas incapaces" que la parte recurrente desarrolla argumentalmente como fundamento de su pretensión."

Se desprende de ello, -y con mucha mayor claridad en este caso en que el apartado 28.4 de la Caratula del PCAP exigía patentemente la autorización administrativa para la realización de transporte sanitario por carretera, y el punto 14.2.6 del referido Pliego señalaba textualmente que, "en el caso de que se encuentre



especificada en el punto 28.4, *deberá incluirse la documentación acreditativa de la habilitación empresarial o profesional especificada en dicho punto*”; que ni faltaba previsión alguna en el PCAP que posibilitase especulaciones al respecto, ni esa exigencia de aptitud empresarial podía quedar sustraída al régimen temporal de presentación previa o inicial del artículo 146 del TRLCSP sobre *“Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos”*.

Ello, además, desde el doble prisma de que esa habilitación podía quedar alternativamente comprendida ya en el apartado 1.b), pero lo estaba en todo caso en el apartado 2 de dicha disposición legal al decir que; *“cuando con arreglo a esta Ley sea necesaria la presentación de otros documentos se indicará esta circunstancia en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y en el correspondiente anuncio de licitación”*, tal como acabamos de ver que ocurría.

Con estas puntualizaciones se rechaza el punto de vista de que una complementaria presentación de *“certificados”* diferida por el PCAP al momento previo a aquel en que el adjudicatario deba formalizar el contrato, -lo que nos situaría más bien en la órbita de la documentación adicional del artículo 151.2 del TR-, equivalga a la acreditación de la concurrencia del requisito de previa aptitud a que nos venimos refiriendo, convirtiéndolo así en un presupuesto de simple ejecución del contrato, -en vez de condición previa acreditada e inexcusable para la admisión y clasificación de la oferta, y de plena eficacia en la fase de adjudicación-, y se asuma con ello, si no ya la irrelevancia última del requisito, si una peor condición igualitaria de los otros licitadores que posean la autorización pertinente y, en todo caso, la tramitación de un procedimiento de adjudicación en precario, sin garantías de aptitud ni de legalidad en cuanto a su resultado.

Tampoco es convincente lo que se opone a la aplicación del artículo 146.5 del Texto Refundido que defiende la sociedad actora.

Se establece en él que el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones. Por ello, aunque es muy posible, -tal y como se argumenta por partes demandadas-, diferenciar esa exigencia de la habilitación administrativa que alza una prohibición previa de ejercicio de la actividad, de lo que constituye la **capacidad de obrar** en sentido administrativo, - artículo 30 LRJ-PAC -, esa disposición de cierre del artículo 146 implica necesariamente todas las situaciones, cualidades y condiciones de aptitud que a lo largo del precepto se obliga a acreditar con carácter previo, (personalidad, prohibiciones de contratar, clasificación, etc...), incluidas necesariamente las autorizaciones para poder ser adjudicatario del contrato. Es decir, esa *“capacidad”* no es la abstracta y general de las personas jurídicas, sino las **“condiciones de aptitud”** para poder contratar del artículo 54 del TR, cuando indica que;

*“1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas .*

*2. Los empresarios **deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato .”***

No tiene por demás mayor sentido que la Administración demandada relacione con la capacidad las exigencias del artículo 57.1 (acerca de que las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios), cuando en rigor, -y pese a aludir la norma a la capacidad-, esa cláusula legal poco o nada tiene que ver con la capacidad de obrar civil o mercantil, y considere en cambio que otras cualidades que determinan la aptitud para contratar no son exigencias previas que se tienen que justificar con la proposición misma.

**TERCERO.-** Cerrado por ello este capítulo con acogimiento integral del criterio que la recurrente *Ambuibérica S.L* propugna, el debate entre partes deriva hacia un aspecto -que en la Resolución del OARC había quedado ya desprovisto de relevancia-, como es el de si, en todo caso, la mercantil *Eulen* se encontraba exenta de obtener tal autorización de transporte sanitario, por causa de no desarrollar tal actividad y si, solo, otras de carácter complementario debidamente comprendidas en su objeto social.

Esta posibilidad se sostiene en las actuaciones por el ya citado informe 2/2015, de 15 de enero, de la Junta Asesora de Contratación Administrativa a solicitud de la Dirección de Régimen Jurídico del Departamento de Salud del Gobierno Vasco convocante de la licitación, incorporándose a los autos, -f. 72 a 78-, y es retomada por las partes codemandadas. En dicho informe se obtenía la conclusión de que el objeto social de *Eulen* guardaba relación directa, aunque parcial, con prestaciones complementarias del contrato de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias, por lo que, acreditadas las habilitaciones empresariales por parte de las



otras dos entidades que forman la UTE, podía admitirse esa exención de habilitación "*siempre y cuando la intervención de esta última no alcance a ninguna de las actuaciones a que se refieren tales certificados, limitando su participación a la realización de actividades complementarias que no afecten al objeto directo del contrato*".

La oposición a las consecuencias de ese informe las desarrolla la recurrente en un fundamento posterior, -f. 216 a 221 de estos autos-, en que otorga rango y significación de infracción al apartamiento que la Resolución de adjudicación haría de esos condicionamientos señalados por la JACA, defendiendo que, como solo se licitan servicios de transporte sanitario, la única actividad complementaria en que cabría pensar es la de asistencia sanitaria, pero que forma parte integral e inseparable del transporte sanitario urgente y que realizan quienes participan en dicho transporte (Se trata de 30 ambulancias clase B y 1 de clase C con sus dotaciones de personal correspondientes de TES, y un enfermero/a en la última) como resulta del R.D. 836/2012 en su artículo 4º que incluye ese personal en la dotación de personal de las empresas transportistas, (informe del Ministerio de Sanidad del folio 5306 del e.a). Eulen no puede desarrollar por ello tareas sanitarias en el ámbito del contrato para la RTSU, que es una actividad intrínseca al mismo y que requiere la habilitación empresarial. (Además solo hay en los 4 lotes adjudicados un enfermero/a y ningún médico/a) La actividad de gestión y coordinación la realiza el centro de urgencias de Osakidetza y, si restase algo, reitera que *Eulen* participa en el 40%, y sus prestaciones nunca serían auxiliares o complementarias y no serían propias del objeto del contrato.

Se anticipaba más arriba que la representación de la CAPV defiende que el objeto social de *Eulen* se adecua al del contrato y que puede participar en la UTE sin disponer de la autorización de transporte sanitario, invocando el repetido informe de la JACA, pues aun admitiendo que la mayor parte de las prestaciones a realizar están relacionadas con el transporte sanitario, existen otras de escasa entidad y, en el caso presente, ajenas a lo que es transporte sanitario, como ocurre en el área de recursos humanos, (confección de nominas, seguridad social, IRPF), o de mantenimiento y limpieza de bases y vehículos. Descarta que el porcentaje de participación mayoritaria tenga nada que ver con el reparto de prestaciones pudiendo ser establecido según otros parámetros (financiación, capacidad económica, etc...).

Por su parte, la representación de la UTE en que **Eulen Servicios Sociosanitarios S.A** se integra, comienza por hacer citas de resoluciones y preceptos referidos a la acumulación de los requisitos de solvencia y sobre la clasificación de las integrantes, y destaca después que algunas UTE con similar composición prestan servicios para el mismo Departamento o la CA de Aragón, en los expedientes CO2/036/2012; 32/2014 S y 21/2014-GSP, que detalla, -f. 331 y ss-, en que, en algún caso ya fue cuestionada su falta de solvencia por la misma actora, siendo confirmada por el OARK. Se señala en el punto específico de los servicios complementarios la diferencia entre el reparto de beneficios y la asignación interna que el órgano de administración de la UTE haga de los trabajos. La actora se referiría a requisitos que han de cumplirse en la prestación de servicios y a controlar por la Administración en la ejecución del contrato.

Dicho esto, en esta faceta de la controversia va a asumir igualmente esta Sala el fundamento que desarrolla la parte recurrente.

El contenido del informe de la JACA del País Vasco de 15 de Enero de 2015, no ha sido abiertamente cuestionado por la parte demandante que, como acabamos de ver, lo que refuta es que ofrezca alguna consecuencia eximente de la obtención de la autorización de transporte sanitario, al referirse a unas abstractas actividades complementarias que no se han precisado en el procedimiento de adjudicación ni en su resolución y que, yendo un paso más, se suscitan en el ámbito de un contrato de transporte sanitario de emergencia que no deja margen real para apreciarlas.

Así entendemos que ocurre. Que la sociedad mercantil *Eulen* incluya en su objeto social además de servicios sociales, algunos *servicios sanitarios* que guarden relación directa con servicios complementarios que van a concertarse en la vertiente de "*prestación de servicios sanitarios*" -que es la premisa de dicho informe-, aparece ya como afirmación muy matizable y remota si se tiene en cuenta que los servicios sanitarios que *Eulen* tendría como objeto, -f. 77 de estos autos-, se centran en unas actividades a realizar en centros propios o de terceros (explotación y gestión de unidades de procesamiento de material sanitario, lavado, desinfección, esterilización, etc...; explotación y gestión de laboratorios de análisis clínicos; o explotación y gestión de equipos y sistemas de diagnóstico por imagen, su diseño, proyecto y equipamiento, etc...), que el objeto del contrato en modo alguno considera -cláusula 1.6 del PPT-, y que de ninguna manera se ha especificado en las actuaciones en qué medida pueden resultar un complemento de dicho transporte de urgencia, siendo en ocasiones plenamente descartables. Antes bien, esas actividades remiten a una modalidad de servicios sanitarios de ámbito muy dispar y son difícilmente concebibles como complementarios del transporte sanitario de urgencia gestionado y coordinado por la Administración sanitaria, que implica la atención sanitaria prestada por el propio transportista debidamente autorizado para ello y por la dotación de personal a su servicio.



Frente a ello, las actividades que la Administración demandada identifica como complementarias y llevadas a cabo por *Eulen*, ni siquiera serían las propias de ese supuesto objeto social sanitario implicado en el contrato y que le eximiría de obtener la autorización administrativa del artículo 135 del ROTT (que no sin cierta paradoja ha llegado a solicitar y obtener tardíamente de una Administración autonómica (foral) delegada por el Estado), pues lo que se menciona son simples actividades propias de una sociedad *holding* que prestaría servicios administrativos (nominas, impuestos...), y financieros (entre otros) a las empresas transportistas de la UTE, siendo esta la perspectiva desde la que las partes demandadas considerarían que su presencia mayoritaria en la UTE viene justificada.

Sin embargo no debe insistirse demasiado en que ese tipo de participación en la Uniones Temporales de Empresas desnaturaliza el objeto de las mismas, que es el de aunar los esfuerzos y recursos de todas ellas de cara a alcanzar el debido estándar de adjudicación y prestación del servicio, y no el de propiciar que las cualidades técnicas y jurídico-administrativas de empresas menores sean instrumentalizadas para que el contrato sea adjudicado a entidades dominantes que carezcan de ellas, -en lo que constituiría un auténtico fraude de ley-, con mucha más razón si, como apunta la propia codemandada, quién vaya a prestar realmente los servicios de entre ellas puede ser decidido por sus órganos internos con el personal contratado y los medios de quien carece de habilitación.

**CUARTO.-** Con lo ya examinado, quedan despejadas en sentido favorable a la prosperidad del recurso las cuestiones decisivas, sin que resulte preciso examinar los sucesivos planteamientos impugnatorios del recurso, muchos de ellos, ya implícitos en lo que acaba de analizarse.

En todo caso y de forma abundatoria, si debe hacerse mención a que, por la propia lógica adoptada, se apreciaría insuficiencia en cuanto a la solvencia técnica de la UTE adjudicataria por falta de solvencia de uno de los integrantes, -*Eulen*-, que era motivo desarrollado a los folios 212 a 216 de los autos. Ello porque no acreditando dicha firma servicios prestados en transporte sanitario durante los últimos cinco años de 2009 a 2013, (salvo un contrato de fecha de inicio de ejecución posterior) faltaría el requisito indispensable de que dicha integrante de la UTE acreditase, de cara a la acumulación, algún grado siquiera mínimo de solvencia técnica, de acuerdo con las citas que se formulaban, especialmente el informe 46/99, de 21 de diciembre de la JCCA.

Dado que esa impugnación ha sido replicada por las partes demandadas en base al artículo 24 del Reglamento de la LCAP aprobado por R.D 1098/2001, de 12 de Octubre, asumiendo que cada miembro de la UTE debe acreditar un mínimo de solvencia para poder acumularla, pero que en este caso basta con que quienes hayan realizado en los cinco años servicios de transporte sanitario sean las otras dos sociedades, aportando *Eulen* un *volumen anual de negocios* que contribuye a la solvencia económica de la UTE, solo cabe rechazar ese punto de vista que prescinde de la verdadera exigencia normativa y de su interpretación en la doctrina administrativa y jurisdiccional, que lejos de entremezclar indebidamente aspectos de solvencia técnica y económica, se ha de ceñir necesariamente a la solvencia técnica que los Pliegos exijan y no a cualquier otra, y menos aún a meras cifras de negocios por abultados que resulten sus importes, como los que se atribuyen a *Eulen* en el folio 278.

**QUINTO.-** La prosperidad del recurso implica la anulación de los actos recurridos quedando sin efecto la adjudicación acordada (y derivadamente, el contrato suscrito, de alcanzar firmeza dicha declaración de invalidez), de conformidad con los artículos 31, 32.b) y 35.1 del TRLCSP.

Respecto de la nueva adjudicación por el orden que resultó del procedimiento de licitación, nada obsta en este caso, al no mediar como necesario ningún ejercicio de potestades discrecionales administrativas para llevarla a cabo, - artículo 71.2 LJCA "a sensu contrario" -, y debe estarse al criterio de la jurisprudencia en Sentencias como la del TS Sala de lo Contencioso (Sección 7ª) de 16 de marzo de 2016 (ROJ: STS 1203/2016) en Casación nº 2901/2013, al señalar que; "*El pronunciamiento sobre la adjudicación directa del contrato a LA HISPANO IGUALADINA, S.L. no invade las potestades discrecionales de la Administración ni va más allá de lo que procedía para resolver el recurso contencioso-administrativo pues, una vez alcanzada la conclusión de que la oferta económica de LA HISPANO IGUALADINA, S.L. no debió ser excluida de la licitación, no discutiéndose las puntuaciones correspondientes al plazo de la concesión ni a los aspectos técnicos, las cuales, por tanto, debían ser conservadas, y dependiendo de fórmulas matemáticas la puntuación de la mejora económica, no había ya decisión discrecional que adoptar sino una actuación reglada, como bien explica la sentencia con argumentos que no podemos sino confirmar*".

En relación con la pretensión de restablecimiento económico por vía de indemnización de daños y perjuicios que se refiere al beneficio industrial dejado de obtener durante el tiempo en que no hubiese prestado servicios hasta el máximo del plazo ordinario del contrato (de dos años), y a cuantificar en fase de ejecución de sentencia (y que provisionalmente estima la actora en 1.221.254,40 €), solo cabe a efectos del artículo 71.1.d) LJ, declarar formalmente el derecho a cargo de la Administración de la CAPV contratante y, faltando elementos





actuales para la determinación de su importancia económica, establecer como base de su futuro cálculo la del beneficio industrial dejado de obtener el relativo a los cuatro lotes desde el inicio de la ejecución hasta el agotamiento de su plazo de dos años, a cuantificar en ejecución de sentencia.

**SEXTO.-** Existiendo disconformidad de las partes respecto de la cuantía del presente litigio, aunque carezca actualmente de influencia a efectos de admisión casacional, se hace preciso precisar la fijación que se hizo por medio de Decreto de la Oficina Judicial de 5 de setiembre de 2.016, -f- 361-, tomando el criterio de dos de las tres partes litigantes, que proponían la cifra de provisional estimación indemnizatoria de 1.221.524,40 € a que acabamos de referirnos. En cambio, la representación de la UTE adjudicataria codemandada se atuvo al presupuesto de licitación por dos años con total de **25.206.536,40 €**.

Tomando como referente el ATS, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1 de 15 de octubre de 2015 (ROJ: ATS 8754/2015) en el Recurso nº 3336/2014, se verifica que en efecto tal es el criterio sistemáticamente acogido por el Tribunal Supremo;

*"Reiterada doctrina del TS ha declarado que la cuantía litigiosa en materia de contratos debe fijarse tomando en cuenta el presupuesto para la adjudicación del contrato -o el precio de dicha adjudicación- (entre otros, AATS de 14 de septiembre de 2001, RC 4293/1999, 20 de octubre de 2005, RC 2759/2003, 6 de julio de 2006, RQ 1240/2005, 22 de mayo de 2008, RC 1068/2007, 6 de octubre de 2011, RC 1706/2011 y 27 de junio de 2013, RC 127/2013)".*

En el mismo sentido el muy reciente ATS (Sección 1) de 27 de octubre de 2016 (ROJ: ATS 10414/2016).

Por demás, carece en este caso de relevancia la distribución por lotes a que la Jurisprudencia porcede, al haber sido objeto de impugnación la totalidad de ellos.

Con esos parámetros, sin otras mayores precisiones, en el presente caso el presupuesto base de licitación quedaba en efecto establecido en la Carátula del PCAP, para los 4 lotes y por 2 años en dicha suma de **25.206.536,40 €**, -f. 233-, mientras que la adjudicación se producía por la Resolución de 24 de abril de 2.015, en cifras mucho más reducidas de carácter mensual por cada uno de los 4 lotes, que acumuladamente alcanzarían no obstante cifras equivalentes.

Tal es por tanto la cuantía que debe atribuirse al presente proceso.

**SÉPTIMO.-** La estimación del recurso comporta la preceptiva imposición de costas a las partes codemandadas por iguales y mitades partes. - Artículo 139.1 LJCA -.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación, la Sala, (Sección Primera), dicta el siguiente;

## FALLO

**ESTIMAR EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA ARANZAZU ALEGRIA GUEREÑU EN REPRESENTACIÓN DE "AMBUIBERICA, S.L" CONTRA LA RESOLUCIÓN Nº 69/2015, DE 3 DE JULIO, DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EUSKADI, -OARC-KEAO-, EN EL RECURSO ESPECIAL 2015/055, PROMOVIDO FRENTE A LA RESOLUCIÓN DEL VICECONSEJERO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO DE 25 DE ABRIL DE 2.015, POR LA QUE SE ADJUDICÓ EL CONTRATO DE GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO EN MODALIDAD DE CONCIERTO SOBRE "TRANSPORTE SANITARIO Y ASISTENCIA A EMERGENCIAS SANITARIAS PARA LA RED DE TRANSPORTE SANITARIO URGENTE (RTSU) DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EUSKADI" -EXPEDIENTE 31/2014-, Y DECLARAR DISCONFORMES A DERECHO Y ANULAR DICHOS ACTOS EN BASE A INCURRIR EN CAUSA DE NULIDAD LA ADJUDICACIÓN EN FAVOR DE LA "UTE LARRIALDIK, S.COOP-LRK EMERGENTZIAK-EULEN", PROCEDIENDO LA EXCLUSIÓN DE LA MISMA Y LA ADJUDICACIÓN DE LOS 4 LOTES CONVOCADOS A LA SOCIEDAD MERCANTIL RECURRENTE, CON RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE LA MISMA A SER INDEMNIZADA POR EL BENEFICIO INDUSTRIAL DEJADO DE OBTENER COMO CONSECUENCIA DE DICHA INDEBIDA ADJUDICACIÓN, QUE SE CUANTIFICARÁ EN EJECUCIÓN DE SENTENCIA SOBRE LAS BASES A QUE ALUDE EL FUNDAMENTO QUINTO DE LA PRESENTE; CON IMPOSICIÓN DE COSTAS POR PARTES IGUALES A LAS CODEMANDADAS.**

Así, por esta, sentencia, de la que se dejará testimonio completo en los autos, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que contra la misma cabe interponer **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala de lo Contencioso - administrativo del Tribunal Supremo, el cual, en su caso, se preparará ante esta Sala en el plazo de **TREINTA DÍAS** ( artículo 89.1 LJCA ), contados desde el siguiente al de la notificación de esta resolución, mediante escrito en el que se dé cumplimiento a los requisitos del artículo



89.2, con remisión a los criterios orientativos recogidos en el apartado III del Acuerdo de 20 de abril de 2016 de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, publicado en el BOE nº 162, de 6 de julio de 2016.

Quien pretenda preparar el recurso de casación deberá previamente consignar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano jurisdiccional en el Banco Santander, con nº 4697 0000 93 054315, un **depósito de 50 euros**, debiendo indicar en el campo concepto del documento resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso".

Quien disfrute del beneficio de justicia gratuita, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos están exentos de constituir el depósito ( DA 15ª LOPJ ).

Así por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el día de su fecha, de lo que yo el Letrado de la Administración de Justicia doy fe en Bilbao, a 30 de noviembre de 2016.

FONDO DOCUMENTAL CEJUNO