



Roj: **STSJ PV 4203/2016 - ECLI: ES:TSJPV:2016:4203**

Id Cendoj: **48020330012016100566**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2016**

Nº de Recurso: **713/2014**

Nº de Resolución: **540/2016**

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 713/2014**

**PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

**SENTENCIA NUMERO 540/2016**

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. LUIS JAVIER MURGOITIO ESTEFANÍA

MAGISTRADOS:

D. JUAN ALBERTO FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

DÑA. MARGARITA DÍAZ PÉREZ

En Bilbao, a trece de diciembre 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 713/2014 y seguido por el procedimiento ordinario, en el que se impugna la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la CAE -autodenominado OARC/KEAO-, de 30 de setiembre de 2.014, en el Recurso Especial 2014/94, formulado por dicha mercantil contra la adjudicación de diversos lotes (8, 9, 10, 11, 14, 16, 18, 22 y 29) a diversos aspirantes, y en particular a la UTE, LRK EMERGENTZIAK S. COOP-EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A, (lote 9), Asociación de Ayuda en Carretera, -DYA-, (lotes 8, 10, 11, 14, 16, 18 y 22), y Cruz Roja, (lote 29) del contrato de "servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente" (RTSU) de la C.A.P.V. Dicha Resolución fue adoptada por el Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco el 21 de Julio de 2.014

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 ADMINISTRACION GENERAL COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAIS VASCO, representada y dirigida por los LETRADOS DE LOS SERVICIOS JURÍDICOS DEL GOBIERNO VASCO.

- **OTRA DEMANDADA**: La ASOCIACIÓN DE AYUDA EN CARRETERA, DYA, representada por el Procurador Don LUIS PABLO LÓPEZ-ABADÍA RODRIGO y dirigida por la Letrada Doña MARIAN PASCUAL VEGA.

- **OTRA DEMADADA**: UTE LRK EMERGENTZIAK S. COOP-EULEN SOCIO SANITARIOS SA, 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 25 de noviembre de 2014 tuvo entrada en esta Sala escrito en el que Doña ARANZAZU ALEGRIA GUEREÑU actuando en nombre y representación de AMBUIBERICA SL, interpuso recurso contencioso-administrativo contra la Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la CAE -autodenominado OARC/KEAO-, de 30 de setiembre de 2.014, en el Recurso Especial 2014/94, formulado por dicha mercantil contra la adjudicación de diversos lotes (8, 9, 10, 11, 14, 16, 18, 22 y 29) a diversos aspirantes, y en particular a la UTE, LRK EMERGENTZIAK S. COOP-EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A, (lote 9), Asociación de Ayuda en Carretera, -DYA-, (lotes 8, 10, 11, 14, 16, 18 y 22), y Cruz Roja, (lote 29) del contrato de "servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente" (RTSU) de la C.A.P.V. Dicha Resolución fue adoptada por el Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco el 21 de Julio de 2.014; quedando registrado dicho recurso con el número 713/2014.

**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 desestimaran los pedimentos de la actora.

**CUARTO.-** Por Decreto de 30 de junio de 2015 se fijó como cuantía del presente recurso la de 321.444,24 euros.

**QUINTO .-** El procedimiento se recibió a prueba, practicándose con el resultado que obra en autos.

**SEXTO .-** En los escritos de conclusiones las partes reprodujeron las pretensiones que tenían solicitadas.

**SÉPTIMO.-** Por resolución de fecha 25 de noviembre de 2016 se señaló el pasado día 1 de diciembre de 2016 para la votación y fallo del presente recurso.

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

## II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso-administrativo fue interpuesto por *Ambuibérica, S.L* contra Resolución del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la CAE -autodenominado OARC/KEAO-, de 30 de setiembre de 2.014, en el Recurso Especial 2014/94, formulado por dicha mercantil contra la adjudicación de diversos lotes (8, 9, 10, 11, 14, 16, 18, 22 y 29) a diversos aspirantes, y en particular a la **UTE, LRK EMERGENTZIAK S. COOP-EULEN SERVICIOS SOCIOSANITARIOS S.A**, (lote 9), Asociación de Ayuda en Carretera, - **DYA** -, (lotes 8, 10, 11, 14, 16, 18 y 22), y **Cruz Roja** , (lote 29) del contrato de "servicios de transporte sanitario y asistencia a emergencias sanitarias para la Red de Transporte Sanitario Urgente " (RTSU) de la C.A.P.V. Dicha Resolución fue adoptada por el Viceconsejero de Salud del Gobierno Vasco el 21 de Julio de 2.014.

Es de destacar que la firma actora, adjudicataria a su vez de los lotes 12, 13, 17, 19, 20, 21, 23 y 24, cuestiona la adjudicación de aquellos lotes en que bien quedó clasificada en segundo lugar, o bien de los nº 8, 9 y 10, en que lo fue en tercer lugar, quedando en estos casos 1ª y 2ª dos licitadoras cuya exclusión general solo pretende expresamente en el caso de la DYA.

La pretensión en vía jurisdiccional, junto con la exclusión de dichas licitadoras ( **DYA, CRUZ ROJA y UTE LRK Emergentziak Koop/Eulen Servicios Sociosanitarios S.A** (y no "*Larrialdiak Grupo Eulen UTE*" como erróneamente se le identifica en numerosos pasajes) es que esos lotes se adjudiquen al siguiente clasificado en cada uno de ellos.

Para fundar dichas pretensiones, el escrito de demanda que obra a los folios 175 a 206 de estos autos, Tomo I, aborda las siguientes perspectivas resumidas;

-Se cuestiona la resolución de adjudicación por incumplir los Pliegos respecto de la falta de capacidad de dos adjudicatarios, - DYA y Cruz Roja-, que carecerían de las autorizaciones precisas. Así, tras describir la normativa estatal sobre transporte sanitario y deducir que se trata de transporte público especial discrecional de viajeros sujeto a autorización administrativa, - artículo 21 de la Orden PRE/1435/2013 y artículos 134 a 136 ROTT-, se hace referencia a la Disposición Adicional Undécima de la LOTT 16/1987 y D.A Segunda de la citada Orden, que configuran el régimen especial de la Cruz Roja y otras entidades sin ánimo de lucro para prestar servicios asistenciales a terceros como transporte privado complementario respecto de determinadas actuaciones que



se detallan, y que solo podrá llevarse a cabo por cuenta de otras instituciones o Administraciones Públicas en los supuestos g) y h) de dicha Disposición Adicional, cuyos supuestos se especifica, sin poder recibir una remuneración específica sino incluyéndose sus costes en los del conjunto de su actividad general de carácter humanitario o social. Es decir, sin poder contratar la prestación de transportes sanitario público de acuerdo con el artículo 54.2 TRLCSP y cláusula 13.26 del PCAP, dado que el artículo 10 de la Orden excluye que dichas personas jurídicas sin ánimo de lucro puedan obtener tales autorizaciones. Se aprecia igualmente que el OARC-KEAO ha tenido por aplicables al caso los supuestos g) y h) sin justificar su apreciación.

-Otras alegaciones se refieren sucesivamente a la imposibilidad de dichas entidades de facturar por los servicios que prestan; a la vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia; a la falta de viabilidad de las ofertas económicas presentadas por algunos licitadores; o a los valores anormales o desproporcionados de acuerdo con el artículo 152 TRLCSP, todo lo cual se desarrolla en detalle en los folios 190 a 204, y será objeto de examen en función derivada de la suerte del primero de los fundamentos.

La oposición de la Administración demandada, -f. 227 a 235-, comienza por destacar el origen del contrato litigioso, que vino a sustituir temporalmente, por razones de urgencia, y mediante procedimiento negociado sin publicidad, al 25/2011 que finalizaba el 19 de Junio de 2014, mientras no se adjudicara el 31/2014, publicado en el BOPV de 1 de setiembre de 2014. Luego, rechaza la tesis principal sobre falta de capacidad de algunas adjudicatarias en base a estar acreditada en ambos casos la clasificación de las mismas, a la que la recurrente no alude siquiera, pero que ya presupondría la habilitación y autorización precisa para contratar y no precisaría de ningún otro trámite, estando excluidas las entidades clasificadas en el Registro Oficial de Contratistas de la CAE de presentar los documentos de la cláusula 13.2.6 del PCAP.

Argumenta que ambas entidades cuentan con posibilidad de prestar el servicio de transporte sanitario en función de la D.A Undécima de la LOTT en sus apartados g) y h), por ser la insuficiencia de medios de transporte oficial la que motiva la necesidad de contratar el servicio, destacando el dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley 9/2013, de 4 de Julio, que la introdujo, y el hecho de que se califique la autorización como de transporte privado complementario no impide que la ley les reconozca capacidad para realizar tales servicios, ni el órgano de contratación puede prohibir su participación en las licitaciones. Se opone asimismo a los otros planteamientos de la mercantil recurrente en el sentido en que en su momento y caso se expondrá.

También se opuso mediante escrito de contestación la *Asociación de Ayuda en carretera-DYA*, señalando que se encuentra en posesión de las autorizaciones requeridas para realizar transporte sanitario de carácter privado complementario, así como de la tarjeta de transporte y certificación técnico-sanitaria relativa a la ambulancia que indica, que se refieren a "servicio privado" contando asimismo con la clasificación precisa, tal y como señala el OARC. Entiende respecto del apartado g) de la D.A de referencia que las empresas que concurren a la licitación son privadas y la insuficiencia a que alude dicho apartado es la de *transporte público y oficial*, y es cuando éste es insuficiente a juicio de la Administración cuando la DYA o Cruz Roja pueden realizarlo, lo que en este caso se justificaría ya en la Memoria de la licitación al decir que, "**el sistema sanitario público carece de recursos propios para proporcionar este servicio**". De otra parte, la alusión a "*competencia*" de la letra h) es en sentido de atribución material de las Administraciones, y no sinónima de libre concurrencia entre empresas.

Por último, la representación procesal de "**UTE LRK EMERGENTIAK S, COOP/EULEN SERVICIOS SOCIOANITARIOS, S.A**" (cuya denominación ella misma altera en algunas ocasiones como en los folios 133, 158 y, sobre todo, 334), solo se da por aludida parcialmente en cuanto a los motivos quinto y sexto del recurso y rechaza que la baja ofrecida para el lote nº 9 infrinja o resulte afectada por los artículos 87.1, 88.2 y 88.5 del TR, a la vez que nada se alega en el sexto respecto de la demandada en el aspecto de las bajas temerarias de los lotes nº 8, 10 y 29.

**SEGUNDO.**- Para resolver la controversia se deben tomar las interpretaciones básicas de los conceptos que se encuentran en la propia legalidad del transporte, para verificar que es lo que la Disposición Adicional Undécima de la LOTT, posibilita en relación con las entidades o asociaciones que, como las adjudicatarias parciales, DYA y Cruz Roja, carecen de ánimo de lucro y están caracterizadas por sus cualidades asistenciales benéficas o sociales.

Esa disposición, que adapta o modaliza el régimen del articulado de la propia LOTT en algunos de sus preceptos (en ese sentido es adicional y queda fuera del sistema legal general) se refiere a los siguientes artículos de la propia LOTT;

-Artículo 22.-

"1. Únicamente podrá contratar la realización de servicios de transporte terrestre de mercancías en concepto de porteador, y emitir facturas en nombre propio por su prestación, quien previamente sea titular de una licencia



o autorización que habilite para realizar transportes de esta clase o, en otro caso, de una autorización de operador de transporte de mercancías.

2. Como regla general, **los servicios de transporte terrestre de viajeros podrán ser contratados y facturados por todos aquellos que sean titulares de una licencia o autorización de transporte público que habilite para la realización de esta clase de transporte"**

-Artículo 43.-

"1. El otorgamiento de la **autorización de transporte público** estará condicionado a que la empresa solicitante acredite, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Tener nacionalidad española o la de algún otro Estado miembro de la Unión Europea o, en caso contrario, contar con las autorizaciones exigidas por la legislación reguladora del régimen general de extranjería para la realización de la actividad profesional de transportista en nombre propio. b) Cuando no se trate de una persona física, tener personalidad jurídica propia e independiente de la de aquellas personas que, en su caso, la integren. En ningún supuesto podrán otorgarse autorizaciones de forma conjunta a más de una persona ni a comunidades de bienes. **Tampoco se otorgarán autorizaciones a personas jurídicas sin ánimo de lucro.** Tratándose de personas jurídicas, la realización de transporte público debe formar parte de su objeto social de forma expresa. c) Contar con un domicilio situado en España en el que se conserven, a disposición de los Servicios de Inspección del Transporte Terrestre, los documentos relativos a su gestión y funcionamiento que reglamentariamente se determinen. d) Disponer de uno o más vehículos matriculados en España conforme a lo que en cada caso resulte exigible de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine, atendiendo a razones de interés general, los cuales deberán cumplir las condiciones que, en su caso, se establezcan, teniendo en cuenta principios de proporcionalidad y no discriminación. e) Disponer de dirección y firma electrónica, así como del equipo informático necesario para documentar a distancia el contrato y otras formalidades mercantiles con sus clientes. f) Cumplir las obligaciones de carácter fiscal, laboral y social exigidas por la legislación vigente. g) Cumplir, en su caso, aquellas otras condiciones específicas necesarias para la adecuada prestación de los servicios que reglamentariamente se establezcan, atendiendo a principios de proporcionalidad y no discriminación, en relación con la clase de transporte de que se trate en cada caso.

-Artículo 102.-

"1. **Son transportes privados complementarios los que llevan a cabo empresas u otras entidades cuyo objeto no es transportar , como complemento necesario o adecuado para el correcto desarrollo de su actividad principal.**"

En función de ello, es deducible que cuando la Disposición Adicional Undécima, apartado 1 de la LOTT señala que, *"no obstante lo dispuesto en los artículos 22, 43 y 102, los transportes realizados por la Cruz Roja Española y otras entidades cuya actividad principal sea la prestación de servicios de asistencia sanitaria con una finalidad humanitaria y social de carácter general, se considerarán complemento necesario de ésta, y, en consecuencia se conceptuarán como transporte privado complementario, en los siguientes supuestos (...)"*, está posibilitando que esas organizaciones, que no realizan ni pueden realizar transporte público, puedan quedar en algunos supuestos amparadas por la relativa ficción de que prestan un servicio privado complementario de su propia actividad asistencial e, incluso, llegar a percibir una remuneración, pero que nunca se tomará como independiente ni diferenciará a los efectos previstos en el apartado e) del artículo 102.2. Es decir, que nunca equivaldrá a la prestación de un servicio de transporte público. -Artículo 102.3 LOTT-

Si se detallan seguidamente esos supuestos, -que se antojan en su mayoría muy acordes al cometido habitual y tradicional de dichas organizaciones-, son estos;

- a) Transporte de personas cuya asistencia sanitaria realice la propia entidad benéfica.
- b) Transportes sanitarios que se realicen sin percibir retribución alguna.
- c) Transportes sanitarios derivados de situaciones especiales tales como operaciones de rescate y salvamento, accidentes, catástrofes, calamidades públicas, conflictos sociales, epidemias, riesgos o siniestros colectivos y sucesos similares.
- d) Transportes sanitarios derivados de **urgencias o emergencias no previsibles** .
- e) Transporte inmediato de los lesionados en accidentes de tráfico al correspondiente centro hospitalario o asistencial.
- f) Transportes realizados con ocasión de la cobertura sanitaria por la entidad benéfica de que se trate de actividades deportivas, culturales y recreativas.



g) 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.

h) 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.

Los costes que la prestación de los mencionados transportes genere a las entidades a que se refiere esta disposición, se considerarán incluidos en el conjunto de los que éstas soportan como consecuencia de su actividad general de carácter humanitario y social y, por tanto, la remuneración que, en su caso, puedan percibir por dicha prestación se entenderá siempre referida a dicha actividad general, no atribuyéndosele, en consecuencia, el carácter de percepción independiente a los efectos previstos en el apartado e) del artículo 102.2."

Por tanto, esa Adicional, sin tener en modo alguno la específica finalidad de arbitrar la participación de dichas organizaciones como licitadoras en competencia con las empresas de transporte sanitario profesional, que es algo inicialmente no previsto ni concebible legalmente, y estando orientada a encuadrar y legitimar de manera primaria la actividad prestacional de dichas entidades, puede abrir alguna posibilidad al respecto (y así lo entienden todas las partes con alcances distintos) en función de darse alguno de tales supuestos, claramente presididos por la noción de la *subsidiariedad* y excepcionalidad de los servicios a cargo de tales entes.

Por ello, el primer y notorio equívoco que se tiene que deshacer, -y que pone de relieve la codemandada DYA en su alegatos-, es el de que el transporte que realizan las sociedades mercantiles que participan en tales licitaciones para contratar administrativamente la prestación de servicios como los de la RTSU, es "**transporte privado**", como el que pueden llegar a realizar las organizaciones humanitarias demandadas, de manera que bastaría con que la Administración convocante constataste la situación de no contar ella con recursos propios suficientes para cubrir los servicios, para que se pudiese llamar y adjudicar los mismos indistintamente a dichas empresas transportistas y a organizaciones como la DYA en el ámbito de la letra h) de la trascrita Disposición Adicional.

En modo alguno cabe esa interpretación, que no solo privaría de todo sentido a la norma, sino que no se corresponde con lo que legalmente constituye transporte privado, cuya caracterización hemos visto ya en el artículo 102 de la LOTT y vemos en numerosos preceptos de su Reglamento aprobado por Real Decreto 1.211/1990, de 28 de Setiembre, (artículos 157 y 158, entre otros). Lo que determina que la Administración pública o los poderes adjudicadores convoquen el procedimiento concurrencial para cubrir el servicio público es, en efecto, que ella misma no cuente con medios de transporte sanitario suficientes (oficiales) para cubrir todos los puntos estratégicos o bases en que las ambulancias de soporte vital básico o avanzado van a quedar fijadas en aplicación del Real Decreto 16/2012, de 20 de abril, pero lo que permitiría dar entrada a transportistas privados complementarios como la DYA o la Cruz Roja es, o bien que tampoco existieran medios y recursos suficientes en manos de las empresas transportistas que prestan servicios mercantiles remunerados de carácter discrecional en condiciones de libre mercado (transporte público), o bien que se constataste una situación de carácter monopolista o de práctica exclusividad de la oferta que no permitiese a los usuarios la libre elección, y, -para el caso de ser la Administración o un poder público el contratante, como es el caso-, no le permitiese elegir entre varias ofertas o proposiciones distintas en favor de la más ventajosa para los intereses públicos.

Por tanto, considera la Sala que aunque resulte indiscutible que esas asociaciones y organizaciones del voluntariado han desempeñado (y desempeñan) a lo largo de los años un papel preeminente y crucial en la prestación de esa ayuda sanitaria en muchísimas facetas y situaciones, (accidentes de tráfico, emergencias, calamidades públicas), con inestimable beneficio para la colectividad, con el actual marco jurídico y desarrollo del transporte sanitario urgente como prestación pública gratuita, (contestación AGCAPV, folio 227 vuelto), ese modelo de servicio asistencial benéfico, predominante en un pasado no muy lejano, solo se sitúa ahora en el mencionado plano de la subsidiariedad que la D.A Undécima alumbró, imponiéndose el esquema de la gestión directa o de la contratación pública entre licitadores que operen en el ámbito de la actividad económica de dichos servicios de transporte sanitario discrecional. Ello explica seguramente también las inercias (socialmente fundadas) y hasta rechazos que la desaparición del primer plano de esas organizaciones surgidas del voluntariado pueda originar, llegando a condicionar la interpretación de esas disposiciones en sentido proclive a su mantenimiento.

**TERCERO.-** Partiendo de estas premisas, y en atención a las distintas argumentaciones de las partes, se alcanzan las siguientes conclusiones:



1º).- A juicio de la Sala, ninguno de los supuestos previstos por la Disposición Adicional Undécima, ya sean el h), el g) o, como posteriormente se baraja, el d), son atinentes al caso de manera acreditada.

Respecto de los dos primeros, -tenidos en cuenta por la Resolución 98/2014 del OARC recurrida-, porque, aunque no fuese estrictamente discutida dicha realidad, en fase probatoria se han unido respuestas emitidas por la Administración demandada (Dirección de Aseguramiento y Contratación Sanitaria del Departamento de Salud), de 5 de Enero de 2.016, -f. 581 de los autos-, en que consta que cuentan con certificación técnico-sanitaria en Euskadi, 198 ambulancias de soporte vital básico y 29 de soporte vital avanzado, que es número que la Administración considera "*adecuado y suficiente*" para la cobertura de la RTSU (que contrata 71 ambulancias). Ese dato cuantitativo descarta la aplicabilidad del supuesto g) de la D.A Undécima al darse un número holgadamente suficiente de recursos de transporte público y oficial para la cobertura de los puntos o bases de estacionamiento.

A renglón seguido, la propia comunicación descarta que la letra h) de dicha disposición haya sido tenida en cuenta por el Departamento a fin de contratar a la Cruz Roja Española o a la DYA. No se habría apreciado por ello un nivel de competencia insuficiente o inadecuada, lo que es aspecto que de manera concluyente viene a corroborar igualmente el elenco de cuatro compañías y agrupaciones de transporte sanitario que, además de dichas asociaciones, fueron invitadas y participaron en el procedimiento, obteniendo tres de ellas la adjudicación de diversos lotes en pugna con dichas organizaciones de transporte complementario subsidiario, (*Emerbask* habría quedado superada en los lotes 25 y 26 por la propia Cruz Roja, según folio 18), en lo que solo puede presumirse, en principio, como una oferta plural y competitiva por parte de los transportistas en sentido estricto.

Respecto del supuesto de la letra d), no ha sido contemplado como tal en la fase alegatoria del proceso, pero ya que ha sido invocado por la comunicación de 5 de enero de 2.016 a que venimos haciendo referencia, la parte actora lo discute en fase de Conclusiones -f. 615 del Tomo II-, destacando que no cabe concebir que los servicios de la RTSU contratados por la Administración de la CAE consistan en *transportes urgentes y de emergencias no previsibles*, cuando es así que cada lote consiste en una dotación permanente de una ambulancia de soporte vital básico con cobertura de 24 horas durante todos los días del año.

Así lo entiende igualmente esta Sala, pues precisamente el supuesto d), al habilitar a Cruz Roja y otras entidades similares para realizar esos servicios de transporte urgente y de emergencias no previsibles, se sitúa en las antípodas de la idea de contratación administrativa de servicios permanentes y estables, y alude a un cometido excepcional que, sin constituir el supuesto de movilización general de recursos de la letra c), se orienta a cubrir situaciones espontáneas en que prevalece nuevamente esa pauta de subsidiariedad en el empleo público de tales medios de transporte sanitario en manos de organizaciones no lucrativas.

2º).- Respecto de la tenencia de tarjetas de transporte y certificaciones técnico sanitarias a que alude la DYA, nada aporta al debate en sentido que resulte favorable a las tesis de las partes demandadas, pues como reclama el artículo 134.2 del ROTT, "*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 .*" Por su parte, el artículo 135.1 establece que «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»

Así lo ratifica también la Orden PRE/1435/2013, de 23 de Junio, en relación con esas previsiones del ROTT y del Real Decreto 836/2.012, de 25 de mayo, por el que se establecen las características técnicas, el equipamiento sanitario y la dotación de personal de los vehículos de transporte sanitario por carretera, recalando en su artículo 4 º;

"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**".

En suma, contar con autorización administrativa para transporte sanitario privado y con tarjeta de transporte de dicha clase, (además de con la preceptiva certificación técnico-sanitaria), serían requisitos y exigencias normativas que facultarían a la DYA y a otras entidades para desarrollar los cometidos de transporte privado complementario que señala la Disposición Adicional Undécima, (o segunda de la Orden de 2.013), y en nada justifica su tenencia que se cuente con la habilitación legal o normativa precisa para licitar la prestación de los servicios de la RTSU convocados por la Administración sanitaria vasca por el solo hecho de poseer titulaciones o requisitos habilitantes muy delimitados por el ordenamiento jurídico y ajenos a las facultades precisas para licitar en la contratación administrativa del transporte sanitario.

3º).- Lo que se acaba de exponer enlaza directamente con la cuestión de la existencia de **clasificación** e inscripción de la DYA y Cruz Roja en el Registro Oficial de Contratistas de la CAE que ponen de relieve tanto la resolución recurrida como las partes codemandadas, una vez que la Cláusula 29 del PCAP permitía optar por presentar dicha clasificación en vez de acreditar la solvencia, y esa clasificación, de acuerdo con el artículo 67.2 del TRLCSP presupone que ha sido necesario que el empresario acredite su personalidad y capacidad de obrar, así como que se encuentra legalmente habilitado para realizar la correspondiente actividad, por disponer de las correspondientes autorizaciones o habilitaciones empresariales o profesionales.

No obstante, si, como también se destaca, del artículo 83 de dicho Texto Refundido sobre "*Certificaciones de Registros Oficiales de Licitadores y Empresas Clasificadas*", se deriva una presunción de aptitud frente a todos los órganos de contratación del sector público, a tenor de lo en él reflejado, en cuanto a su personalidad y capacidad de obrar, representación, *habilitación profesional o empresarial*, solvencia económica y financiera, esa acreditación se entiende legalmente "**salvo prueba en contrario**", y lo que no puede en medida alguna acreditar la inscripción en dicho Registro es que las organizaciones cuya legitimación se discute cuenten con una autorización distinta a la de *transporte sanitario privado complementario*, que es la única que la propia DYA afirma poseer. Caería en el mayor absurdo que la inscripción, pese a su valor meramente presuntivo, permitiese dar por acreditada cualquier habilitación empresarial, por específica que fuese, que ni el propio licitador afirmase haber nunca obtenido, y le colocase en una posición ficticia de inmunidad ante toda exigencia de justificación del cumplimiento de las condiciones que le facultan para licitar, que, en el presente caso, merecen un examen de legalidad intrínseca y no puramente formularia o registral según todas las partes procesales han desarrollado.

**CUARTO.**- Determinando todo lo anterior la concurrencia de una de las premisas para el éxito de la pretensión de *Ambuibérica S.L*, se abre seguidamente por dicha parte otra serie de interrogantes cuya utilidad decisoria no siempre subsiste después de concluirse que ni la DYA ni la Cruz Roja podían licitar a la adjudicación de lotes de la RTSU en el expediente 32/2014.

-Una de ellas, siguiendo su orden de planteamiento, es la de la imposibilidad legal para los transportistas privados de facturar con carácter independiente los servicios prestados de acuerdo con el artículo 102.2 LOTT. Este motivo impugnatorio está embebido y constituye una derivada de todo lo ya razonado en esta sentencia, carente de toda relevancia práctica en función de lo ya concluido, y solo ofrecería interés efectivo de cara a la fase de ejecución del contrato, si se hubiese concluido en sentido contrario al que se ha hecho.

-Algo semejante ocurre con la alegada vulneración de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007 en que la parte recurrente, -f. 190 a 195-, desarrolla puntos de vista sobre la afectación a la competencia que deriva de la obtención de subvenciones públicas, de la colaboración de voluntarios, donaciones, etc; de que tales entidades sociales o de fines benéficos y humanitarios disfrutarían. Pero independientemente del más o menos suficiente enfoque inicial que la cuestión mereciera de contrario en la Resolución del OARC en base a las previsiones al respecto del artículo 152.3 del TRLCSP, se trata de una situación de afirmada y virtual competencia desleal que no puede tenerse como materializable en función de lo que ya se ha considerado sobre la falta de legitimación o habilitación normativa para la participación en los concursos de las entidades sin ánimo de lucro a las que afectaría. Esa conclusión implica ya la respuesta a esa nueva faceta o perspectiva sobre la participación como licitadoras de las repetidas adjudicatarias parciales.

-Mención aparte requiere el extenso fundamento que la sociedad recurrente dedica a cuestionar las ofertas de diversas licitadoras que estima por debajo de los costes de la prestación del servicio, y que atribuye a las ofertas de la DYA (lotes 8,10,11,14,16,18 y 22), Cruz Roja, (lote 29) y también *UTE Emergentziak-Eulen*, (lote 9).



Desde la óptica procesal, y decantada ya la Sentencia por la exclusión de las dos primeras entidades, decae necesariamente el examen de la medida en que sus proposiciones podrían haber estado incursas en bajas o precios anormales y desproporcionados a los efectos del artículo 152 TR.

El carácter temerario en sentido estricto se atribuye exclusivamente por la parte actora a tres ofertas formuladas por estas dos organizaciones, (las de los lotes 8 y 10 por parte de la DYA, y la del lote 29 por parte de la Cruz Roja), donde ciertamente y de acuerdo con los cuadros de los folios 201 y 202, las ofertas respectivas de 58.276 euros/mes; 29.137,60 euros/mes y 16.210 euros/mes de dichas licitadoras se situaban por debajo de aplicar el 10% de la media de las ofertas presentadas, incidiendo sobre el criterio establecido *ex lege* por el artículo 152.2 del TR cuando el precio es, como era en este caso, el único criterio de valoración de las ofertas. Sin embargo, tenidas ya por ineficaces dichas proposiciones, resulta ocioso examinar el punto último de controversia de si sobre la previsión legal indicada, debía prevalecer o no la cláusula 30 de la carátula, que elevaba al 20% ese margen de baja sobre la media de las proposiciones, y que había sido aceptada por los licitadores. -Artículo 145.1 TRLCSP-.

En lo demás, en lo único que podría verse afectada la adjudicación del lote nº 9 de la UTE codemandada es en el esencialmente retórico planteamiento que la mercantil recurrente despliega con respecto a la falta de viabilidad del contrato en que, en base a preceptos incluidos en los artículos 87 y 88 del Texto Refundido, enuncia su particular criterio de que, en atención a la aprobación de un nuevo Convenio Colectivo en el año 2014 con un incremento de costes de personal superior al 30% y pese a que se elevó la cuantía de cada lote respecto de la del anterior contrato, se llega en esos diversos lotes a importes de adjudicación que no alcanzan a cubrir los costes -de que la actora sería especial concedora por ser anterior adjudicataria del servicio-, lo que pondría en riesgo el cumplimiento del contrato.

Ahora bien, nada de ello permitiría excluir la proposición que dentro de los umbrales previstos por la ley haya realizado una determinada licitadora, -para el caso, la citada UTE-, cuando todos los participantes, incluida la propia recurrente, asumieron en su momento el presupuesto base de licitación de cada lote, -ya antes citado artículo 145 TR-, sobre el que las reglas aritméticas de adjudicación se han proyectado en cada caso. Intentar enmendar *a posteriori* los cálculos realizados por la administración acerca de los precios de mercado y los métodos de determinación de los mismos, además de hacerlo sin otros argumentos que unos cálculos autorreferenciales, solo puede representar una injerencia oportunista de parte orientada de manera abiertamente injustificada a cuestionar las adjudicaciones a los competidores obviando las que le han favorecido a ella misma, y dejando en suma la validez de todo el procedimiento a la libre voluntad y arbitrio de los intervinientes disconformes.

Por ello, estos fundamentos del recurso han de ser rechazados, conllevando la específica desestimación del pedimento referido a la exclusión de la UTE respecto del lote nº 9 que le fue adjudicado e, igualmente, dejando siempre incólume la segunda posición que las sociedades agrupadas temporalmente obtuvieron en los lotes nº 8 y 10.

**QUINTO.-** La prosperidad parcial del recurso implica la anulación de los actos recurridos quedando sin efecto las adjudicaciones acordadas (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), en relación con los lotes nº 8, 10, 11, 14, 16, 18, 22 y 29.

Respecto de la nueva adjudicación -al menos nominal una vez agotada la vigencia del contrato y a los efectos que pudieran resultar pertinentes-, 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 .

Deberá tenerse en cuenta en todo caso que no se altera como consecuencia de esta Sentencia ni la adjudicación del lote nº 9, ni la segunda posición de los lotes nº 8 y 10, que recayó sobre la UTE *Emergentziak/Eulen*.

**SEPTIMO.-** La estimación solo parcial del recurso excluye toda preceptiva imposición de costas a cualquiera de las partes. - Artículo 139.1 LJCA -.

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

## FALLO





**ESTIMAR PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO INTERPUESTO POR LA PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES DOÑA ARANZAZU ALEGRIA GUEREÑU EN REPRESENTACIÓN DE "AMBUIBERICA, S.L" CONTRA LA RESOLUCIÓN N° 98/2014, DE 30 DE SETIEMBRE, DEL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE EUSKADI, -OARKEAO-, EN RECURSO ESPECIAL 2014/94, PROMOVIDO CONTRA LA RESOLUCIÓN DEL VICECONSEJERO DE SALUD DEL GOBIERNO VASCO DE 21 DE JULIO DE 2.014, POR LA QUE SE ADJUDICÓ EL CONTRATO DEL SERVICIO DE TRANSPORTE SANITARIO Y ASISTENCIA A EMERGENCIAS SANITARIAS PARA LA RED DE TRANSPORTE SANITARIO URGENTE (RTSU) DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DEL PAIS VASCO EN LAS ÁREAS DE SALUD DE ARABA, BIZKAIA Y GIPUZKOA -EXPEDIENTE 32/2014-, Y DECLARAR DISCONFORMES A DERECHO Y ANULAR DICHOS ACTOS EN LO RELATIVO A LA ADJUDICACIÓN DE LOS LOTES N° 8, 10, 11, 14, 16, 18, 22 y 29, EN FAVOR DE LA "ASOCIACIÓN DE AYUDA EN CARRETERA-DYA" Y DE LA CRUZ ROJA, CON RECONOCIMIENTO A LA RECURRENTE DE LA SITUACIÓN CONSISTENTE EN LA ADJUDICACIÓN EN DICHOS LOTES DE ESTAR CLASIFICADA EN SEGUNDA POSICIÓN, CON DESESTIMACIÓN EN LO DEMÁS, Y SIN HACER IMPOSICIÓN DE COSTAS.**

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 n° 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 n° 4697 0000 93 0713 14, 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, sentencia, de la que se dejará testimonio completo en los autos, lo pronunciamos, mandamos, y firmamos.

**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el lltmo. 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 13 de diciembre de 2016.