

Expte.

DI-2068/2010-12

**EXCMO. SR. CONSEJERO DE SANIDAD,
BIENESTAR SOCIAL Y FAMILIA
Via Universitat, 36
50071 ZARAGOZA
ZARAGOZA**

ASUNTO: Recomendación relativa al control del cumplimiento por los contratistas de las obligaciones contraídas y fijadas en los pliegos de prescripciones técnicas de los contratos como garantía de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato a los licitadores

I.- ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 27 de diciembre de 2010 tuvo entrada en esta Institución una queja debida a la actuación de la Administración autonómica en relación al contrato para la gestión del servicio de transporte sanitario terrestre urgente de pacientes en Aragón (número de expediente: 3 DG/09).

En la queja se hacía alusión a que a que la empresa X, que había resultado adjudicataria del contrato, estaría incumpliendo la obligación de disponer, al inicio de la prestación del servicio de transporte sanitario terrestre urgente, el pasado 1 de noviembre de 2010, de la dotación completa de los recursos ofertados con toda la documentación necesaria para iniciar la actividad y que cumplan la siguiente condición exigida en la cláusula 7.2 “*Régimen Jurídico y Condiciones Específicas*” del Pliego de Prescripciones Técnicas:

“Asimismo, deberá cumplir las siguientes condiciones:

d) Los vehículos necesarios para cumplir los mínimos establecidos en la cláusula sexta apartado 1 deberán cumplir el requisito de no tener más de cinco años de antigüedad a la fecha de adjudicación del contrato, contados desde su primera matriculación.

Ningún vehículo que realice actividades de transporte sanitario vinculado con este contrato superará los 400.000 kilómetros.”

Según se exponía en la queja, la adjudicataria estaría empleando los mismos vehículos que ya venían prestando este mismo servicio durante los cerca de seis años anteriores, pues no habría adquirido los vehículos nuevos hasta la adjudicación del contrato, o al menos no los estaría destinando a la ejecución de este contrato.

SEGUNDO.- A la vista de la queja presentada, se acordó admitirla a supervisión, efectuando la oportuna asignación del expediente para su instrucción. Con tal objeto, se envió con fecha 7 de enero de 2011 un escrito a la entonces Consejera de Salud y Consumo del Gobierno de Aragón, recabando información acerca de lo siguiente:

- La existencia en el expediente de contratación citado (3 DG/09) de documentación acreditativa de la titularidad por la empresa licitadora y posteriormente adjudicataria de la dotación completa de vehículos ofertados así como de la antigüedad inferior a cinco años de éstos y kilometraje que no sea superior a 400.000 kilómetros.
- Las actuaciones llevadas a cabo por el Departamento de Salud y Consumo en orden a la comprobación de la correcta ejecución del contrato y particularmente del cumplimiento por los vehículos que efectivamente se encuentran prestando el servicio de las condiciones exigidas en el Pliego de Prescripciones Técnicas.

TERCERO.- La respuesta del Departamento se recibió el 25 de abril de 2011, y en ella hacía constar, textualmente, lo siguiente:

“En el procedimiento de adjudicación de un contrato, existen dos fases claramente diferenciadas, en la primera se procede a la valoración de la aptitud de las empresas candidatas, mediante el examen de los medios de que dispone, para la ejecución del contrato y posteriormente, con respecto a las admitidas en la mencionada fase, se procede a la valoración de las ofertas que cada licitador presenta. Una vez finalizadas dichas fases, y seleccionada la empresa adjudicataria, la misma deberá proceder a la ejecución del contrato de acuerdo con lo establecido en el punto 2.5 PCAP.

Dicho lo anterior, y entrando en el caso concreto que nos ocupa, y por lo que respecta a la citada primera fase del procedimiento, el Anexo II del Pliego de Cláusulas Administrativas que rigen el contrato de transporte sanitario urgente de pacientes en Aragón, recoge los criterios de selección para acreditar la solvencia económica y financiera y técnica o profesional de los licitadores, de acuerdo con el art. 67 Ley de Contratos del Sector Público:

- a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluya importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos.

Criterios de selección: *Acreditar una relación contractual de servicios prestados en los últimos tres años, relacionados con el objeto del contrato, que incluya importe, fechas y beneficiarios, por un importe mínimo igual o superior a una anualidad del presente concurso. Los servicios efectuados se acreditarán mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario sea una entidad del sector público o, cuando el destinatario sea un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante declaración del empresario.*

b) *Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquellos encargados del control de calidad.*

Criterios de selección: *Compromiso de disponibilidad de sistemas de transmisión de información de posicionamiento geográfico (GPS) y las claves de estatus establecidas a través de sistema GPRS, con capacidad para integrarse en la plataforma informática del 061 Aragón (Séneca).*

h) *Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.*

Criterios de selección: *Disponer, directa o indirectamente, de una flota operativa de similares características de un mínimo del 70 por ciento del número de unidades requerido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no adscrita a otros contratos públicos, para la realización del objeto del contrato (independientemente de que, en el caso de ser adjudicatario, deberá disponer de la totalidad de la flota necesaria en la fecha de inicio de la ejecución del contrato).*

La disposición de la flota señalada anteriormente se acreditará mediante presentación de documentación justificativa suficiente: Permiso de circulación, Fichas Técnicas del vehículo, certificación técnico-sanitario y Tarjeta de Transporte de cada uno de los vehículos".

Estos documentos que obran en el expediente de contratación, fueron valorados por la mesa de contratación constatando que con la documentación aportada, quedaba acreditado que la empresa X contaba con experiencia, personal y medios técnicos en los términos establecidos en el pliego, para ejecutar debidamente el contrato y por tanto demostraba su aptitud.

Una vez comprobada dicha aptitud, y ya en cuanto la segunda fase del procedimiento de adjudicación, se procedió a la valoración de la oferta de la empresa X, de acuerdo con los criterios establecidos en el Anexo VI y VII del PCAP.

Por lo que respecta a la antigüedad media de los vehículos ofertados, en el anexo VII del PCAP se solicita declaración responsable de disponer de los recursos requeridos en la fecha de inicio del servicio, en este sentido existe en el expediente de contratación una declaración responsable de la empresa en la que declara que dispondrá de todos los vehículos ofertados a fecha de inicio del servicio, siendo todos nuevos y por tanto, con una antigüedad de cero años.

Así mismo, se dispone de la documentación relativa a los vehículos con los que se inició la prestación del servicio a fecha 1 de noviembre de 2010, y la relativa a todos los dispositivos que se han renovado hasta la fecha.

Finalmente, y entrando a considerar la ejecución propiamente dicha del contrato, se debe hacer referencia al artículo 196.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, establece que: "Los pliegos o el documento contractual podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del contrato se hubiesen establecido conforme a los artículos 53.2 y 102.1. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por ciento del

presupuesto del contrato". En cumplimiento de dicho artículo, el Anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares recoge el régimen potestativo de penalidades a imponer por la Administración contratante en caso de un cumplimiento defectuoso de la prestación.

A efectos de todo lo anterior, y al objeto de establecer un seguimiento del cumplimiento del contrato, se constituyó en la Gerencia del 061 Aragón una Comisión de Seguimiento, que conforme a lo estipulado en las Cláusulas 6.5 y 6.6 del Pliego de Prescripciones Técnicas, ha llevado, y está llevando a cabo las actuaciones correspondientes en orden a la comprobación de la correcta ejecución del contrato. En este sentido, y en el caso de que las actuaciones realizadas por el Comisión de Seguimiento del contrato, se derive que la prestación del servicio por parte de la empresa X no se este realizando de conformidad con los estipulado en el Pliego de Prescripciones Técnicas, esta Administración, como órgano que tiene la competencia de comprobar que se está llevando a cabo la correcta ejecución del contrato, en la función de su relación contractual con la empresa adjudicataria, y siempre de acuerdo con lo prescrito en el Pliego de Prescripciones Técnicas, podrá ejecutar las penalidades que procedan en los términos establecidos en el citado Anexo X del Pliego de Cláusulas Administrativas.

CUARTO.- No obstante, la información recibida en esta Institución y que se ha transcrito no indica si, efectivamente, de esa documentación de que dispone el Departamento se deriva el cumplimiento o incumplimiento del requisito de disponer a fecha 1 de noviembre de 2010, de la dotación completa de los recursos ofertados con toda la documentación necesaria para iniciar la actividad y que cumplan la siguiente condición exigida en la cláusula 7.2 "Régimen Jurídico y Condiciones Específicas" del Pliego de Prescripciones Técnicas:

"Asimismo, deberá cumplir las siguientes condiciones:

d) Los vehículos necesarios para cumplir los mínimos establecidos en la cláusula sexta apartado 1 deberán cumplir el requisito de no tener más de cinco años de antigüedad a la fecha de adjudicación del contrato, contados desde su primera matriculación.

Ningún vehículo que realice actividades de transporte sanitario vinculado con este contrato superará los 400.000 kilómetros."

En consecuencia, con fecha 28 de abril se remitió al Departamento concernido una solicitud de ampliación de información, al objeto de que indicase si mediante la documentación presentada por la adjudicataria y las labores realizadas por la Comisión de Seguimiento había quedado acreditado el cumplimiento de la condición exigida en la cláusula 7.2 "Régimen Jurídico y Condiciones Específicas" del Pliego de Prescripciones Técnicas.

Sin embargo, a pesar de los sucesivos recordatorios, el hoy Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia no ha respondido, de modo que la única información de que dispone el Justicia de Aragón en este sentido es la facilitada por el ciudadano presentador de la queja, según la cual ni el adjudicatario habría

cumplido este requisito del Pliego de Prescripciones Técnicas, ni la Administración autonómica habría exigido su cumplimiento.

II.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera.- Uno de los criterios mediante los cuales los licitadores debían acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional, era el de disponer directa o indirectamente, de una flota operativa de similares características de un mínimo del 70 por ciento del número de unidades requerido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, no adscrita a otros contratos públicos, para la realización del objeto del contrato.

Como tal requisito de solvencia, su exigencia implica que aquellos licitadores que no lo reúnan son excluidos del procedimiento de contratación, puesto que el artículo 43 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, bajo la rúbrica “Condiciones de aptitud”, señala que

“Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas 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.”

Su cumplimiento debía acreditarse mediante la documentación indicada en el Pliego de Cláusulas Administrativas.

En este sentido, la Administración afirmó que la mesa de contratación había verificado, mediante el examen de la Ficha Técnica, las certificación técnico-sanitaria y la Tarjeta de transporte de cada uno de los vehículos, que la empresa disponía de los vehículos (directa o indirectamente) y por lo tanto gozaba de la solvencia exigida.

El carácter indirecto de la disponibilidad no es una cuestión secundaria, especialmente desde que la legislación permite la integración de la solvencia con medios externos, al amparo del artículo 52 de la Ley de Contratos del Sector Público, que introduce la siguiente previsión:

“Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios.”

Esta previsión se traduce en una obligación adicional para la Administración de comprobar, finalizado el procedimiento de licitación, que el adjudicatario efectivamente dispone, ya de manera directa para la ejecución del contrato, de esos medios externos que han integrado su solvencia, especialmente si los mismos constituyen elementos esenciales en la ejecución, como son los vehículos en un contrato de transporte sanitario terrestre.

Segunda.- Por otra parte, se exigía además en el Pliego de Prescripciones Técnicas, que a la fecha de inicio de ejecución del contrato se dispusiera de la totalidad de la flota necesaria.

En tal sentido, el relato de la queja recibida en esta Institución afirma que este extremo no se ha cumplido, puesto que, a 1 de noviembre de 2010, fecha de inicio de la ejecución, ni tan siquiera el 70% de los vehículos reúnen los requisitos exigidos de antigüedad y kilometraje que no superen los cinco años y 400.000 km, respectivamente.

De la respuesta de la Administración se deriva que reconoce que sobre ella pesa la obligación de exigir a la empresa adjudicataria el cumplimiento del Pliego de Prescripciones Técnicas, llegando a afirmar el Departamento competente que podría imponer penalidades, no obstante lo cual no manifiesta si efectivamente el cumplimiento es real, o qué medidas está adoptando para que lo sea.

De ser cierta la afirmación contenida en la queja, no sólo estaríamos ante un incumplimiento en la ejecución, sino ante una falta de solvencia, pues aunque la licitadora habría aparentado disponer directa o indirectamente del 70% de la flota necesaria, en la práctica ello no se ajustaría a la realidad.

Tercera.- Debe destacarse que la cuestión relativa a la obligación de la Administración de exigir al adjudicatario la ejecución del contrato en los términos convenidos es esencial.

Por una parte, la calidad del servicio que se presta se ve afectada por las condiciones en que se encuentren los vehículos que lo realizan, y debe entenderse que los límites de antigüedad y kilometraje impuestos por la Administración son los necesarios para garantizar dicha calidad, pues lo contrario sería tanto como afirmar que el contenido de los pliegos es arbitrario.

Pero además ello es una exigencia del respeto a la libre concurrencia y la igualdad de trato a los licitadores. Cuando el licitador se compromete a disponer de una determinada flota en una determinada fecha, ello le supone una indudable repercusión económica que se reflejará igualmente en la oferta que él realice, condicionando la fijación del precio, siempre con el límite del tipo de licitación.

En consecuencia la Administración no debe permitir que un licitador oferte un precio más bajo en la confianza de que no se le va a exigir con rigor el cumplimiento de los compromisos adquiridos, consiguiendo así resultar adjudicatario en perjuicio de otros aspirantes que sí hagan una previsión ajustada que les permita el estricto cumplimiento de las obligaciones contraídas, para lo cual deban ofertar un precio más elevado.

Si el equipo técnico que valora las necesidades del servicio de que se trata considera que puede concederse al contratista un periodo de transición de forma que no sea necesario disponer del 100% de los vehículos nuevos a fecha de inicio de ejecución, ello debe hacerse constar así en los pliegos, de forma que todos los licitadores actúen y elaboren su oferta en igualdad de condiciones.

Lo contrario, como se ha avanzado, constituiría una vulneración de los principios de libre concurrencia e igualdad de trato a cuyo respeto se encuentra compelida la Administración.

III.- RESOLUCIÓN

Vistos los antecedentes de hecho y consideraciones realizadas, y en ejercicio de las facultades que a esta Institución confiere el artículo 22 de la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora del Justicia de Aragón, he resuelto efectuar al Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia el siguiente RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES Y RECOMENDACIÓN:

RECORDATORIO DE DEBERES LEGALES

Sobre la obligación de colaborar con el Justicia de Aragón en los términos establecidos en la Ley 4/1985, de 27 de junio, reguladora de la Institución.

RECOMENDACIÓN

Que compruebe si la empresa adjudicataria del contrato para la gestión del servicio de transporte sanitario terrestre urgente de pacientes en Aragón cumple los requisitos exigidos en los Pliegos de Prescripciones Técnicas, así como si los cumplió desde la fecha de inicio de la ejecución del contrato, y adopte, en su caso, las medidas correctoras oportunas.

Agradezco de antemano su colaboración y espero que en un plazo no superior a un mes me comunique si acepta o no la Recomendación formulada, indicándome, en este último supuesto, las razones en que funde su negativa.

Zaragoza, a 26 de septiembre de 2011

EL JUSTICIA DE ARAGÓN

FERNANDO GARCÍA VICENTE