EB 2024/136

Resolución 187/2024, de 17 de octubre, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) contra la adjudicación del contrato "Servicio de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi (Lote 3)", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud), en ejecución de la Resolución 114/2024 de este OARC / KEAO.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 8 de agosto de 2024, se presentó en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación interpuesto por el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) contra la adjudicación del contrato "Servicio de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud), en ejecución de la Resolución 114/2024 de este OARC / KEAO.

SEGUNDO: El día 9 de agosto este OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y

Nahi izanez gero, J0D0Z-T67CX-7YE3 bilagailua erabilita, dokumentu hau egiazkoa den ala ez jakin liteke egoitza elektroniko honetan: https://euskadi.eus/lokalizatzailea

La autenticidad de este documento puede ser contrastada mediante el localizador J0D0Z-T67CX-7YE3 en la sede electronica https://euskadi.eus/localizador

2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 13 de agosto.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 20 de agosto, el día 21 de agosto se recibieron las alegaciones de LA PAU, S.C.C., adjudicataria impugnada (en adelante, LA PAU).

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: <u>Representación y legitimación</u>

Consta en el expediente la representación de quien actúa en nombre de la recurrente. Por lo que se refiere a la legitimación activa, este Órgano considera que el recurrente goza de un interés legítimo para impugnar esta adjudicación sobre la base de los mismos argumentos que constan en la Resolución 114/2024 de este OARC / KEAO, en la que se estima un recurso especial interpuesto por UGT contra la primera adjudicación del Lote 3 de este contrato. Dichos argumentos consisten en que es beneficioso para los intereses institucionales del sindicato y para los de los trabajadores conseguir la aplicación efectiva de las causas de prohibición referidas a las actuaciones u omisiones contrarias a la normativa social y laboral, dictada en favor de los trabajadores. Aunque el artículo 48 LCSP menciona en su segundo inciso la legitimación de los sindicatos únicamente a propósito de la ejecución del contrato, esta norma debe entenderse una especificación de la amplísima regla general contenida en el primer inciso (legitimación de cualquier persona con derechos o intereses legítimos afectados por la decisión impugnada) y no como una limitación de ella. De hecho, el OARC / KEAO ha admitido como título legitimador la defensa de las normas que garantizan la fuerza vinculante de los acuerdos producto de la negociación colectiva, supuesto que puede considerarse análogo al ahora analizado y que ha permitido a las organizaciones sindicales impugnar incluso la misma decisión de contratar (ver, ente muchas, la Resolución 45/2017).

Sin embargo, sin perjuicio de lo que se especifica en el epígrafe (iii) del número 2) del apartado c) del Fundamento Jurídico noveno de esta Resolución, la

recurrente carece de interés en impugnar supuestas deficiencias en la ejecución del contrato por ser ésta una cuestión que afecta a la relación obligacional entre el poder adjudicador y el adjudicatario.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: **Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la CAE tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

En síntesis, el contenido del recurso es el siguiente:

a) La adjudicataria impugnada está incursa en la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1.b) LCSP, que establece, en síntesis, que no podrán contratar con las entidades del sector público las personas sancionadas con carácter firme por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones

en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto. Concretamente, se alega el apartado 1 del artículo 8 de esta norma (impago y retrasos reiterados en el pago del salario debido). UGT afirma que existen numerosas actas de infracción que se adjuntan al recurso por el incumplimiento reiterado en el abono puntual de la remuneración pactada, que han sido impuestas por inspección de trabajo incluso durante el período en que el departamento de salud estudiaba la fiabilidad de esta empresa.

b) La Resolución 114/2024, de 26 de junio del OARC / KEAO acuerda la retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador valore la posibilidad de excluir al adjudicatario, que deberá apreciar de acuerdo con el principio de proporcionalidad todas las circunstancias concurrentes en el caso. A este respecto, se alega que existen numerosos requerimientos y actas de infracción levantadas a la empresa La PAU S.C.C. por inspección de trabajo tanto en materia de seguridad y salud en el trabajo, como en materia de orden social, que dan lugar a dudas acerca de la viabilidad de esta empresa y muestran graves deficiencias en el cumplimiento de los requisitos de fondo de los contratos públicos actuales. Asimismo, existen conductas indebidas que hacen dudar seriamente de la fiabilidad de la empresa, (se adjunta una carta de la Secretaría General de UGT al Departamento de Sanidad) que, además, se pueden constatar también en los informes diarios de la táctica SARE o de disfunciones de los estados de la RTSU del programa Euskarri del centro coordinador de emergencias, algunas, incluso hechas públicas por varios ayuntamientos de la provincia de Bizkaia. Asimismo, mediante la resolución de inspección de trabajo y seguridad social S/48-002832/24 del 21 de marzo de 2024, se puede constatar que la empresa La Pau ha incumplido las obligaciones relacionadas con el pago de cotizaciones a la seguridad social y que no abonó a su plantilla el salario correspondiente a la gratificación extraordinaria del mes de julio cuyo plazo máximo para el abono era el día 15 del citado mes, habiendo abonado tan solo un 25% de esta en la primera semana del mes de agosto.

c) Finalmente, se solicita que se resuelva dejar sin efecto la adjudicación del Lote 3.

SÉPTIMO: <u>Alegaciones de LA PAU</u>

LA PAU se opone al recurso con los siguientes argumentos:

a) Tras la Resolución 114/2024, de 26 de junio de 2024, el OARC, que estimaba el recurso de UGT y ordenaba la retroacción de actuaciones, una vez examinadas las alegaciones formuladas y tras su valoración, se le vuelve a adjudicar el Lote 3 del contrato el 29 de julio de 2024, dando así cumplimiento a la Resolución del OARC (114/2024), de fecha 26 de junio de 2024.

b) La Resolución sancionadora, adoptada por el director de Trabajo y Seguridad Social en fecha 5 de febrero de 2024 y confirmada mediante la Resolución por la que se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la misma, se encuentra recurrida por La Pau ante los juzgados de lo laboral, por considerar que no ha incurrido en la infracción que se le atribuye. Dicha Resolución no contiene pronunciamiento alguno sobre la concurrencia de un supuesto de prohibición para contratar ni tan siquiera una advertencia de que las circunstancias que han dado lugar a la imposición de la sanción deberían dar lugar a la tramitación de un procedimiento posterior en el que se declare dicha prohibición para contratar. Por consiguiente, la exclusión de La Pau del procedimiento de contratación para la adjudicación del Lote 3 no sólo vulneraría lo dispuesto en el artículo 71.1 b) de la LCSP y en los restantes artículos de la LCSP aquí aplicables, sino que supondría la lesión de los derechos fundamentales de presunción a la inocencia, así como de tutela judicial efectiva, consagrados en los artículos 24 y 25 de la Constitución Española y una limitación improcedente y en todo caso desproporcionada del principio de libre concurrencia e igualdad de acceso que debe presidir los procedimientos de licitación.

c) La Pau es una empresa de economía social que ha ofrecido a su plantilla de Euskadi formar parte de la misma siendo socias y socios, pero que tienen por fin último ser públicos y no estar adscritos a ninguna empresa; y, para lograrlo, La Pau les sobra, siendo conocedores, los que recurren, de la poca concurrencia

que hoy hay en las licitaciones de los servicios públicos en Euskadi y de las pocas alternativas que existen, de ahí que lleguen a acusar al Órgano de Contratación, sin aportar prueba alguna, de querer favorecer a La Pau. Resulta evidente que se han encargado de crear un escenario de catastrofismo, donde impera el dar una imagen de caos en la gestión del servicio por parte de la Cooperativa para lograr su objetivo, que no es otro que la publificación.

d) En lo que respecta al impago parcial de las pagas extraordinarias del personal adscrito, yerra el recurrente mezclando distintas fases del proceso de la licitación. Las alegaciones fueron presentadas el 12 de julio, las pagas extraordinarias se debían de abonar el 15 de julio y la adjudicación fue el 29 de julio. Es decir, que cuando el poder adjudicador otorga a La Pau el concurso es conocedor que existe un retraso parcial en el abono de las referidas gratificaciones al personal de otros contratos porque, entre otras cuestiones, así lo indicamos aportando un plan de pagos que contaba, paradójicamente, con el preacuerdo de la mayoría sindical, al haberse llegado a un acuerdo para abonar las referidas pagas prorrateadas durante el 2º semestre del 2024. Paralelamente, se deja constancia de que la ITSS no se ha pronunciado y no existe ningún elemento probatorio por el que se pueda indicar que el retraso supone una imposibilidad para ser la empresa adjudicataria del servicio. Es más, en las medidas de autocorrección se indicó concretamente lo siguiente respecto al abono de las referidas pagas extraordinarias: "A fecha de redacción de este escrito de alegaciones, podemos confirmar que La Pau ha llegado a un preacuerdo con la mayoría sindical de la empresa por la que se procederá a abonar la paga extraordinaria de verano a lo largo del primer mes de ejecución del nuevo contrato (expediente 30/2024-PS). En suma (1), frente a esta cuestión de índole laboral, no existe ningún elemento probatorio por el que se pueda indicar que el retraso supone una imposibilidad para ser la empresa adjudicataria del servicio y que (2) La Pau está llevando a cabo todas las medidas necesarias para reestablecer el pago pendiente (entre las que se encuentra la concesión de un préstamo una vez sea adjudicado el concurso que se recurre.

e) La apreciación de la (inexistente) causa de exclusión que se le atribuye a La Pau (sanción no firme) debe ser valorada conforme al principio de

proporcionalidad, el cual, aplicado al procedimiento de adjudicación de un contrato con el sector público, debe tender a asegurar que cualquier medida de exclusión de un contratista sea adecuada, necesaria y proporcional al objetivo que se pretende lograr.

f) La Pau viene obligada a prestar un servicio con un canon prorrogado que se ha demostrado insuficiente para garantizar el equilibrio económico del contrato como consecuencia del constante bloqueo en lo que a la adjudicación del Exp. 30/2024-PS se refiere. La necesidad de actualizar la tarifa abonada por la Administración es conocida por el recurrente y, dado que hasta en dos ocasiones la Administración le ha adjudicado el Contrato (9 de abril y 29 de julio de 2024), cabría accionar la indemnización prevista en el art. 58.1 de la LCSP en una cantidad diaria de 13.126,16€, ascendiendo a la cantidad total de 1.509.508,94€ correspondientes con la diferencia existente entre el canon que actualmente viene abonando la administración y el que debiera de haber abonado en caso de haber iniciado el concurso del Exp. 30/2024-PS. Adicionalmente, se solicita la imposición de una multa de 30.000€ por mala fe en la interposición del recurso.

OCTAVO: <u>Alegaciones del poder adjudicador</u>

El poder adjudicador se opone al recurso alegando, en síntesis, que:

a) El recurrente continúa considerando que la entidad LA PAU no dispone de la capacidad y solvencia necesaria habiendo incurrido, a su vez, en un supuesto de prohibición para contratar. Para acreditar su parecer, aporta actas de infracción abiertas por la inspección de trabajo a la citada empresa y la solicitud de rescisión de contrato que envió el 18 de julio de 2024. Respecto a las actas aportadas hay que indicar que estos documentos son parte del expediente que se tramita en un procedimiento sancionador pero estos procedimientos carecen de firmeza por no haber finalizado aún. Los numerosos requerimientos y actas de infracción alegados por el recurrente son reflejo de la alta conflictividad laboral de los últimos años que existe en el sector.

b) En lo que respecta a las deficiencias significativas en los servicios prestados, se indica que los servicios son prestados por los propios trabajadores, siendo estos los que tienen la responsabilidad de cumplir correctamente con sus obligaciones laborales, para que ninguna ambulancia se quede fuera de servicio por diversos conceptos (ejemplo: bajas médicas de última hora avisando en el último momento a la empresa, no disponiendo esta de tiempo para llevar a cabo la sustitución de la persona, dejando la ambulancia sin servicio hasta buscar un compañero que supla la baja).

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de las alegaciones que sustentan la pretensión del recurso debe partir de lo antecedentes del acuerdo impugnado:

a) Antecedentes

a.1 Sobre la Resolución 114/2024

En el apartado primero de la parte dispositiva de la Resolución 114/2024 de este OARC / KEAO se acordó lo siguiente:

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial presentado por el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) contra la adjudicación del contrato “Servicio de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud), anulando la adjudicación y ordenando la retroacción de actuaciones en los términos expresados en el apartado c) del Fundamento jurídico

Por su parte, en el apartado c) del Fundamento Jurídico

c) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados a) y b) de este Fundamento jurídico, el recurso debe estimarse parcialmente con las siguientes consecuencias:

1) La anulación de la adjudicación del contrato.

2) La retroacción de actuaciones para que el poder adjudicador, a la vista de las Resoluciones de 26/04/2024 y de 5/02/2024 citadas en el apartado 2) de la letra b) anterior, valore la posibilidad de excluir al adjudicatario impugnado por la comisión de una falta profesional grave y resuelva en consecuencia sobre este particular. En dicha valoración, el poder adjudicador deberá apreciar de acuerdo con el principio de proporcionalidad todas las circunstancias concurrentes en el caso, y dar audiencia al licitador para que alegue lo que estime oportuno en defensa de su fiabilidad, especialmente la posible existencia de medidas de autocorrección (ver sobre todo ello el artículo 72.5 LCSP, las sentencias C-41/18 y C-66/22 y los Considerando 100 y 101 de la Directiva 2014/24/UE).

a.2 Sobre la ejecución de la Resolución 114/2024

Las actuaciones realizadas por el órgano de contratación al objeto de ejecutar la Resolución 114/2024 del OARC / KEAO han sido las siguientes:

1) El órgano de contratación, por Resolución adoptada con fecha 28 de junio, acordó, de forma resumida, anular la adjudicación de fecha 9 de abril, retrotraer las actuaciones y conceder un plazo de diez días hábiles a LA PAU para que alegara lo que estimara oportuno en defensa de su fiabilidad para la ejecución del contrato, especialmente la posible existencia de medidas de autocorrección.

2) El 12 de julio, dentro del citado plazo LA PAU ha presentado un escrito de alegaciones en el que manifiesta:

   2.1) Su discrepancia con la Resolución 114/2024 del OARC por considerar que la jurisprudencia del TJUE citada se refiere únicamente a las causas de exclusión facultativa contenidas en el artículo 57, apartado 4, letras c), d) y g) de la Directiva 2014/24/UE, pero no a la prohibición de contratar que se le imputa, que es la contenida en el artículo 71.1.b) de la LCSP (sanción con carácter firme por infracción muy grave en materia social) que, por aplicación del artículo 72.2 y siguientes y 73.3 de la LCSP serán apreciadas por el órgano de contratación cuando la

sentencia o resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance.

2.2) En lo que respecta a las circunstancias concurrentes, (i) en relación con los antecedentes, manifiesta que el Pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) evaluó los costes de personal en un 83,80 % para los años 2 y 3 de duración del contrato, cuando en realidad han sido de un 91,80% y 92,90 % respectivamente, (ii) por lo que respecta al procedimiento sancionador, manifiesta que se halla recurrido ante el juzgado de lo social nº 7 de Bilbao con fecha 21 de junio de 2024 y la exacción de la sanción económica impuesta ha sido abonada precautoriamente. Además, durante el año 2023, exclusivamente durante dos meses, las transferencias de nóminas del Lote 3 se retrasaron un único día al coincidir los primeros días de esos meses con algún festivo o fin de semana y, por último (iii) relacionan las nuevas medidas adoptadas como, el aumento de capital con la entrada de nuevos socios trabajadores cooperativistas, la ampliación de la línea de factoring y la suscripción de tres contratos de préstamo, además de la adopción de medias de índole organizativo y técnico entre las que se encuentra la reorganización de la gestión integral del personal.

2.3) Afirma que la exclusión de La Pau sería en todo caso contraria al principio de proporcionalidad.

3) El órgano de contratación, por Resolución de 29 de julio de 2024, adjudica el Lote 3 a La Pau sobre la base del informe de la Dirección de Aseguramiento y Contratación Sanitarias de 17 de julio y de la Dirección de Régimen Jurídico, Económico y Servicios generales de 23 de julio. En resumen, el contenido de los citados informes es:

3.1) El Informe de la Dirección de Aseguramiento y Contratación Sanitarias considera que:

- En lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones en materia laboral, (i) la Pau ha abonado la sanción de 18.000 € impuesta por la Resolución de 5/02/2024 del Director de Trabajo y Seguridad Social, (ii) la desestimación del recurso de alzada (Resolución de 26/04/2024) interpuesta frente a esta Resolución ha sido recurrida ante la jurisdicción social el 21/6/2024, (iii) el convenio colectivo de aplicación es el de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia del País Vasco, que no recoge mención alguna respecto al pago de nóminas, y (iv) La Pau justifica que ha abonado los salarios de los trabajadores entre los días 1 y 3 del mes siguiente a su devengo mediante la aportación de las órdenes de transferencias durante el año 2024 y durante el 2023 sólo hay dos meses de incumplimiento.
- En lo relativo a las nuevas medidas adoptadas por La Pau, considera que (i) el plan de tesorería presentado es coherente y tiene en cuenta las mejoras laborales aplicables tras la entrada en vigor del nuevo convenio de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia del País Vasco, pendiente de publicación y (ii) se ha puesto en marcha una auditoría operativa con el fin de garantizar las áreas de mejora y definir objetivos claros y medibles en la organización y que se ha contratado a una empresa experta en recursos humanos para su implementación.

3.2) El informe de la Dirección de Régimen Jurídico, Económico y Servicios generales estima que:

- La Pau acredita realizar todos los pagos de nóminas a más tardar los tres primeros días de cada mes y únicamente durante 2023 en dos ocasiones se produjo una demora de 1 día en los pagos. Este retraso es el que dio lugar a la sanción de 18.000 € que, aun no siendo firme, ha sido abonada de forma preventiva. Además, el retraso de un día se puede deber a la actividad de la propia entidad bancaria, dado que no ejecuta automáticamente las transferencias.

- No hay sentencia firme sobre la sanción recurrida por lo que tampoco concurre una causa de prohibición para contratar (artículo 73.3 de la LCSP) y conforme al artículo 72.5 de la LCSP no procederá declarar la prohibición de contratar cuando la persona incursa acredite el pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones y la adopción de medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.
- Si bien la sanción no es firme, se ha abonado la cuantía, no hay prohibición para contratar y la empresa ha adoptado las medidas técnicas y organizativas y de personal en orden a evitar la comisión de futuras infracciones administrativas.
- No sería proporcional la exclusión de los lotes 1 y 3 de la licitación del expediente 30/2024-PS y la resolución de los lotes 1, 2, 3 y 4 del contrato 26/2023-PS alegando estar incurso en prohibición para contratar por (i) haber abonado la nómina en dos ocasiones un día tarde, (ii) no se ésta una conducta reiterada y mantenida en el tiempo, (iii) no se ha tratado de un retraso significativo, no produciendo trastornos económicos importantes a los trabajadores y (iv) La Pau ha acreditado su capacidad y solvencia en relación con el expediente 30/2024-PS y está prestando los servicios de manera correcta en los expedientes 154/2020-PS y 26/2023-PS y abonando las nóminas los tres primeros días de cada mes.

b) Las medidas de corrección

Antes de entrar a examinar la pretensión del recurrente de exclusión de la adjudicataria por falta de fiabilidad y, habida cuenta que la adjudicación se basa en las medidas de cumplimiento presentadas por aquel, procede efectuar algunas consideraciones sobre la finalidad de estas medidas, así como sobre la naturaleza e intensidad del control que puede ejercer este Órgano sobre la valoración efectuada por el poder adjudicador de las concretas presentadas por el adjudicatario.

b.1) Sobre la finalidad de las medidas de cumplimiento

Las medidas correctoras figuran en el artículo 72.5 de la LCSP que es la transposición a nuestro ordenamiento jurídico del artículo 57.6, de la Directiva 2014/24 (que goza de efecto directo conforme a la sentencia del TJUE, de 14 de enero de 2021, C-387/19), en relación con el considerando 102 de esta. La finalidad que persiguen es la de permitir al poder adjudicador asegurarse de la integridad y fiabilidad de cada uno de los licitadores y, por tanto, de que no se romperá la relación de confianza con el operador económico de que se trate (véanse, en este sentido, la STJUE de 19 de junio de 2019, Meca, C-41/18, EU:C:2019:507, apartado 29, y de 3 de octubre de 2019). Desde ese punto de vista, se garantiza, por principio, el derecho de todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 (motivos de exclusión obligatorios y facultativos) a aportar pruebas de que las medidas adoptadas son suficientes para acreditar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente (ver, la STJUE de 3 de junio de 2025, Cosmo, C-210/20, ECLI:EU:C:2021:445, apartado 35). En resumen, las medidas de cumplimiento aportadas deben permitir demostrar que son adecuadas para evitar que se repita el comportamiento reprochado, habida cuenta de las circunstancias particulares en las que se cometieron las infracciones.

Por su parte, se ha de tener en cuenta que la finalidad y funciones del poder adjudicador y de la autoridad laboral que le impone la sanción son diferentes. Mientras que esta última está encargada de determinar la responsabilidad de determinados actores por la comisión de una infracción de una norma, constatando con imparcialidad la realidad de los hechos que pueden constituir tal infracción, y de sancionar el comportamiento contrario a Derecho adoptado por esos actores, el poder adjudicador debe apreciar los riesgos a los que podría verse expuesto al atribuir un contrato a un licitador cuya integridad o fiabilidad es dudosa (ver en este sentido la STJUE de 24 de octubre de 2018, Vossloh, C-124/18, ECLI:EU:C:2018:855). Esta es la razón por la que las medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, deben ser precisamente las apropiadas

para evitar nuevas infracciones penales o faltas (artículo 57.6 de la Directiva 2014/24).

b.2) Acerca del control del OARC / KEAO sobre la valoración de las medidas correctoras

En lo que a la comisión de infracciones administrativas sancionables se refiere, el examen y valoración de las medidas de cumplimiento adoptadas por el licitador en orden a corregir la infracción administrativa en la que ha incurrido, el poder adjudicador debe partir de una base reglada, que es la verificación del pago o compromiso de pago de las multas e indemnizaciones fijadas por sentencia o resolución administrativa de las que derive la causa de prohibición de contratar, siempre y cuando las citadas personas hayan sido declaradas responsables del pago de la misma en la citada sentencia o resolución, y la valoración de si las medidas técnicas, organizativas y de personal adoptadas son las apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas (artículo 72.5 de la LCSP), si bien en esta tarea dispone de un margen de apreciación. Consecuentemente, el control de este Órgano consistirá en constatar si el poder adjudicador ha verificado el pago o el compromiso del pago de la sanción administrativa y si la valoración de las medidas técnicas, organizativas y de personal se ha efectuado en el marco de la discrecionalidad técnica, esto es, respetando los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional técnica de la Administración, que se refieren especialmente a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Estos límites impiden la fiscalización del llamado “núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), por lo que este OARC / KEAO no puede sustituir por las suyas las apreciaciones que sobre las medidas ha efectuado el poder adjudicador, pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal

Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO).

El ajuste a la legalidad de la decisión solo podrá desvirtuarse si se acredita la infracción o el desconocimiento del proceder razonable que se presume del poder adjudicador, bien por desviación de poder, arbitrariedad o ausencia de toda posible justificación del acuerdo adoptado, bien por fundarse en patente error, debidamente acreditado por la parte que lo alega. Por ello, el recurrente tiene la carga de demostrar que el análisis efectuado por el poder adjudicador no es razonable o que las conclusiones no son creíbles o las medidas inadecuadas. Procede señalar que este control lo ejerce este Órgano a través de la motivación de la decisión que, además, es la que posibilita a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP).

Finalmente, el principio de proporcionalidad exige una apreciación concreta e individualizada de la actitud del operador de que se trate sobre la base de todos los elementos pertinentes (sentencia de 3 de junio de 2021, Rad Service y otros, C-210/20, EU:C:2021:445, apartado 40 y jurisprudencia citada). Particularmente, la evaluación de las medidas adoptadas por los operadores económicos se efectuará teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta (artículo 57.6 de la Directiva 2014/24).

c) Sobre las concretas medidas correctoras aportadas y su impugnación

Aplicadas las consideraciones que figuran en el apartado b) a las actuaciones descritas en el apartado a) de este fundamento jurídico, este Órgano considera que el recurso debe ser desestimado por las siguientes razones:

1) El recurso no contiene reproche alguno a los motivos en los que se ha basado el poder adjudicador para llegar a la conclusión de que las medidas autocorrectoras presentadas por el recurrente son adecuadas, ni a la valoración que ha efectuado en ejecución de la Resolución 114/ 2024 de este OARC / KEAO sobre las Resoluciones 26/04/2024 y de 5/02/2024: abono de la sanción, tal y como lo exige el artículo 72.5 de la LCSP,

impugnación de la sanción ante la jurisdicción contencioso – administrativa y adopción de unas concretas medidas de autocorrección.

2) El recurrente no aporta elementos de prueba adecuados y suficientes para desvirtuar la decisión del poder adjudicador. En concreto,

   (i) En lo que respecta a las actas de infracción nº 48/0003510/24, de 9 de mayo de 2024 y nº 48/004180/24, de 19 de junio de 2024, por retrasos en la remuneración pactada y el acta de infracción nº S/48-002832/24 del 21 de marzo de 2024, por impago de cotizaciones a la seguridad social, que se alega, pero no se adjunta, este Órgano ya manifestó en la Resolución 114/2024 que "las actas se extienden "…a los efectos de dar inicio al procedimiento sancionador", por lo que es evidente que no acreditan que LA PAU haya sido sancionada por una infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el LISS, como indica el artículo 71.1 b) LCSP. Consecuentemente, no existiría la prohibición de contratar que sustenta el recurso. Debe señalarse, además, que el artículo 57.4 c) de la Directiva 2014/24/UE recoge como causa de exclusión la comisión de una falta profesional grave que pone en entredicho la integridad del licitador, siempre que dicha comisión pueda demostrarse por "medios apropiados", sin que la documentación aportada por la recurrente pueda considerarse suficiente a estos efectos." Esto es, esta documentación, por si misma, no evidencia la existencia de una causa que ponga en duda la fiabilidad del licitador ni, por consiguiente, de las medidas correctoras adoptadas por éste como consecuencia de la comisión de una causa de exclusión facultativa.

   (ii) Además, las actas de infracción identificadas en el apartado (i) anterior son de fecha anterior a la Resolución 114/2024, de este OARC / KEAO, de 26 de junio, lo que desmiente la alegación de la recurrente de que los retrasos en el abono de la remuneración pactada se han mantenido durante el período en el que se ha ejecutado la Resolución 114/2024. A este respecto, se debe tener en cuenta que las medias presentadas por La Pau y que son las valoradas por el poder adjudicador datan de 12 de julio de 2024.

(iii) Las deficiencias significativas en la ejecución de los contratos son ajenas al ilícito administrativo que ha motivado las dudas sobre la fiabilidad del licitador, por lo que exceden del marco del análisis del control de este órgano en lo que a este recurso se refiere. En cualquier caso, la recurrente carece de interés legítimo alguno en el planteamiento de esta cuestión, que afecta, en su caso, a la ejecución deficiente de las prescripciones técnicas del contrato, lo que no guarda relación con los intereses del colectivo que la recurrente defiende.

(iv) No se aporta prueba alguna sobre la alegación del impago de parte de la gratificación extraordinaria del mes de julio, que consiste en una mera manifestación, sin que ello pueda ser considerado como "medio apropiado" para desvirtuar la decisión del poder adjudicador.

3) A la vista de lo expuesto en el apartado 1) y 2) anteriores, resultaría contrario al principio de proporcionalidad que este Órgano procediera a la exclusión de la licitadora. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el recurso se basa bien en unas genéricas manifestaciones o bien en unos documentos que este Órgano ha considerado con anterioridad que no son "medios apropiados" sobre los que basar una apreciación sobre la falta de fiabilidad del licitador y que, además, carece de crítica alguna a los motivos que sustentan la decisión impugnada.

d) Sobre la indemnización y multa solicitada

La Pau solicita la imposición de una multa a la recurrente de 30.000 € y de una indemnización de 1.509.508,94 € por la diferencia entre el canon que actualmente viene abonando la administración y la que debiera haber abonado en el caso de haber adjudicado el contrato.

Esta petición debe ser desestimada por las siguientes razones:

1) En lo que concierne a la multa, este OARC/KEAO ha manifestado en ocasiones anteriores que el artículo 58.2 de la LCSP requiere temeridad o mala fe como presupuestos para la imposición de la multa, entendiendo que actúa con temeridad quien interpone un recurso sin ningún tipo de apoyo argumentativo (Resolución 50/2015) o, reitera argumentos que le han sido desestimados en recursos anteriores (Resolución 74/2023), o se basa en argumentos que han sido desestimados de forma constante y reiterada por este Órgano, cuya doctrina se supone que conoce (Resolución 68/2023) y actúa de mala fe quien tiene la clara voluntad de dilatar el procedimiento de adjudicación mediante la interposición continuada de recursos (Resolución 3/2018). En el supuesto que nos ocupa no se aprecia la concurrencia de ninguno de estos dos presupuestos; el primero, por contener el recurso argumentos impugnatorios sobre los que no se ha pronunciado este Órgano con anterioridad y el segundo, porque la demora en el procedimiento viene determinada *ope legis* al ser el acto recurrido el de la adjudicación (artículo 53 de la LCSP).

2) En lo que respecta a la indemnización solicitada, procede su denegación porque no está amparada por el artículo 58.1 de la LCSP, que exige que los daños y perjuicios a resarcir hayan sido ocasionados por la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso. Por el contrario, en el presente supuesto, el recurso es desestimado, sin que se observe la infracción denunciada.

e) Conclusión

A la vista de lo expuesto en los apartados anteriores, el recurso debe desestimarse.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma

de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial presentado por el sindicato Unión General de Trabajadores (UGT) contra la adjudicación del contrato "Servicio de transporte sanitario en ambulancias no asistenciales, convencionales y de transporte colectivo para pacientes del Sistema Sanitario de Euskadi", tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi (Departamento de Salud).

SEGUNDO: No se aprecia temeridad ni mala fe en la interposición del recurso.

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

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.3 de la LCSP, levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko urriaren 17

Vitoria-Gasteiz, 17 de octubre de 2024