

Recurso nº 81/2018**Resolución nº 75/2018****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 20 de setembro de 2018.

VISTO o recurso especial en materia de contratación interposto por S.E.V.R. actuando en nome e representación de BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA S.A.U. contra a adxudicación do contrato do servizo de transporte sanitario urxente aéreo para a Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061, expediente AB-FUS1-17-019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en diante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Pola Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061 convocouse a licitación do contrato do servizo de transporte sanitario urxente aéreo, cun valor estimado declarado de 15.180.000 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE o 19.01.2018, no Perfil o 23.01.2018, no DOG o 13.02.2018 e no BOE o 03.02.2018.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en diante).

Terceiro.- O recorrente impugna o acordo de data 01.08.2018 polo que se adxudica o contrato á empresa HABOCK AVIATION S.L. (HABOCK en adiante).

Cuarto.- En data 22.08.2018 BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA S.A.U. (BABCOCK en adiante) interpuxo recurso especial en materia de contratación contra a dita resolución, a través da sede electrónica da Xunta de Galicia.

Quinto.- Con data 23.08.2018 reclamouse á Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061 o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en diante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 31.08.2018.

Sexto.- Trasládouse o recurso aos interesados con data 06.09.2018, recibíndose as alegacións da empresa HABOCK.

Sétimo.- En data 31.08.2018 este Tribunal acordou manter a suspensión do procedemento.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira LCSP o presente recurso tramitouse conforme os artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- Procede analizar detalladamente a lexitimación da empresa recorrente na presente impugnación.

O órgano de contratación no seu informe non recolle unha posible inadmisión do recurso. A adxudicataria, nas súas alegacións, defende que a recorrente carece de lexitimación.

BABCOCK foi excluída deste procedemento mediante acordo do 23 de abril de 2018, acordo recorrido ante este TACGal e que foi desestimado na nosa Resolución 16/2018. Contra esta resolución BABCOCK interpuxo recurso contencioso administrativo ante o Tribunal Superior de Xustiza de Galicia o día 31.07.2018, con anterioridade, polo tanto, á presente impugnación do acordo de adxudicación ante este TACGal, recurso aínda non resolto polo TSXG.

Debemos sinalar, en primeiro lugar, que con carácter xeral non procede que por un licitador xa excluído se impugnen actos posteriores ditados no procedemento de adxudicación.

Agora ben, neste caso concreto é preciso ter en conta o que a Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea do 21.12.2016, asunto C-355/15, sinala respecto á lexitimación dun licitador previamente excluído, no tocante a que a Directiva 89/665 – a chamada Directiva do recurso- *“garantiza el derecho a recursos eficaces contra las decisiones irregulares que se adopten con ocasión de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, ofreciendo a cualquier licitador que haya quedado excluido la posibilidad de impugnar no solamente la decisión de exclusión, sino también, mientras se resuelve dicha impugnación, las decisiones posteriores que le irrogarían un perjuicio en caso de que su exclusión fuera anulada”*.

Polo tanto, só nos cabe acatar que neste momento BABCOCK é un licitador afectado, en canto que non definitivamente excluído aos efectos deste recurso especial, e que mantén o seu dereito a recorrer as decisións adoptadas no procedemento de licitación ao estar o acto da súa exclusión suxeito a un procedemento de recurso, efectivamente interposto e aínda non finalizado.

Á mesma conclusión chega o Órgano Administrativo de Recursos Contractuais de Euskadi, na súa Resolución 137/2017 na que literalmente sinala:

“En el caso analizado consta que el recurrente ha interpuesto el correspondiente recurso contencioso-administrativo contra la Resolución 81/2017 de este OARC/KEAO y no consta que haya recaído pronunciamiento judicial alguno ni que el recurrente lo haya abandonado por cualquier circunstancia, por lo que el acuerdo de exclusión no ha ganado aún firmeza. En esta circunstancia el recurrente

goza de legitimación para recurrir y siendo el elemento relevante el que la exclusión no es firme, es indiferente que en fase judicial se haya solicitado la adopción de medidas cautelares.”

A Sentenza TXUE 11.05.2017, C-131/16, pola súa banda, admite a lexitimación para cuestionar a adxudicación do que era o outro licitador, en canto que podería conlevar a que se puidera ter que convocar novamente a licitación, porque o excluído aínda non o estaba definitivamente xa que estaba á vez aberta a vía impugnatoria contra a exclusión e a adxudicación.

Polo tanto, da lectura de ambas Sentenzas interpretamos que o definitivamente excluído – e non o está mentres se resolve unha impugnación contra esa exclusión- non pode cuestionar xa a adxudicación, pero se non ten a súa exclusión tal condición esta S. TXUE 11.05.2017 ampara que este poida cuestionar a adxudicación, tamén cando o resultado da súa impugnación poida conlevar que se declare deserta a licitación, o que hai que estender tamén a cando ese licitador competidor - en tanto que non definitivamente excluído- poida ter algún interese na anulación da adxudicación e consecuencias desta revogación.

A pretensión neste recurso diríxese, en primeiro lugar, á anulación da adxudicación así como á exclusión da oferta da adxudicataria. Atopámonos ante un procedemento de licitación no que, precisamente, se presentaron dous licitadores, polo que a estimación deste recurso lle podería outorgar un beneficio ao permitirlle, no seu caso, poder alcanzar a condición de adxudicatario de ser revogada a súa exclusión, ou a declaración da contratación como deserta de ser confirmada a súa exclusión, coa convocatoria dunha ulterior licitación á que podería concorrer, polo que non podemos excluír a súa lexitimación á vista do estado da cuestión que acabamos de transcribir.

Cuarto.- A resolución de adxudicación foi notificada o día 01.08.2018, polo que o recurso foi interposto en prazo.

Quinto.- Tratándose do acordo de adxudicación dun contrato de servizos por importe superior a 100.000€, o recurso é admisible segundo o artigo 44 LCSP.

Sexto.- O recorrente alega que a oferta do adxudicatario incumpre o previsto no PPT, polo que debería ter sido excluído do procedemento. A este respecto, e de xeito principal, indica que a oferta de HABOCK non acredita que os pilotos dispoñan da

habilitación tipo helicópteros multipiloto (MP) nin da habilitación de voo por instrumentos (IR).

Ademais, sinala que o sistema de climatización da adxudicataria non acredita o cumprimento das esixencias fixadas nos pregos.

A esta referencia, anuda a petición a este TACGal de acceso ao expediente, recollida no artigo 52 LCSP.

Sétimo.- O órgano de contratación no seu informe a este recurso sinala que *“en ningún momento, este órgano de contratación pretendeu esixir ás empresas licitadoras a relación de persoal nominal que ía prestar o servizo, dado que se estaría a limitar de xeito flagrante a concorrência á dita licitación”*.

Engade que a pretensión do recorrente *“obrigará ás empresas licitadoras a ter contratado ao persoal no momento do inicio do procedemento, feito inviable a tódolos xeitos; ou no seu defecto a un compromiso de subrogación que non se recolle nos pregos deste procedemento nin no convenio colectivo do sector”*.

E sinala que, en todo caso, a empresa adxudicataria *“garante na súa oferta que o persoal que vai prestar o servizo reunirá os requisitos esixidos nos pregos e conforme á lei vixente”*.

Respecto ao sistema de climatización, recolle a descrición do mesmo que consta na oferta gañadora e, polo que se refire ao acceso ao expediente solicitado nesta fase de recurso, explica que o órgano de contratación deu acceso á recorrente da parte da oferta da adxudicataria non declarada confidencial.

Oitavo.- HABOCK oponse aos argumentos expresados no recurso con diversas consideracións ás que faremos referencia ao longo desta resolución.

Noveno.- Primeiramente debemos analizar o que é a cuestión do acceso ao expediente.

A LCSP recolle ao respecto:

“Artigo 52. Acceso ao expediente.



1. Se o interesado desexa examinar o expediente de contratación antes de interpor o recurso especial, deberá solicitálo ao órgano de contratación, o cal terá a obrigação de o pór de manifesto sen prexuízo dos límites de confidencialidade establecidos na lei.

2. Os interesados poderán facer a solicitude de acceso ao expediente dentro do prazo de interposición do recurso especial, e o órgano de contratación deberá facilitar o acceso nos cinco días hábiles seguintes ao de recepción da solicitude. A presentación desta solicitude non paralizará en ningún caso o prazo para interpor o recurso especial.

3. O incumprimento das previsións contidas no número 1 anterior non eximirá os interesados da obrigação de interpor o recurso especial dentro do prazo legalmente establecido. Malia iso, o citado incumprimento poderá ser alegado polo recorrente no seu recurso; nese caso o órgano competente para resolvelo deberá conceder ao recorrente o acceso ao expediente de contratación nas súas oficinas durante o prazo de dez días, con carácter previo ao trámite de alegacións, para que complete o seu recurso. Neste suposto concederá un prazo de dous días hábiles ao órgano de contratación para que emita o informe correspondente e cinco días hábiles aos restantes interesados para que efectúen as alegacións que consideren convenientes.

Artigo 56.5.

O órgano competente para resolver o recurso deberá, en todo caso, garantir a confidencialidade e o dereito á protección dos segredos comerciais en relación coa información contida no expediente de contratación, sen prexuízo de que poida coñecer e tomar en consideración a dita información á hora de resolver. Corresponderá ao dito órgano resolver acerca de como garantir a confidencialidade e o segredo da información que conste no expediente de contratación, sen que por iso resulten prexudicados os dereitos dos demais interesados á protección xurídica efectiva e ao dereito de defensa no procedemento.”

O recorrente solicitou, con anterioridade á interposición deste recurso especial, o acceso ao expediente que lle foi concedido parcialmente polo órgano de contratación, respecto daquela documentación non declarada confidencial polo adxudicatario.

BABCOCK considera que o acceso permitido en tal resolución é insuficiente e contradí o artigo 140 TRLCSP, e por iso solicita deste Tribunal tal acceso ao abeiro do artigo 52.3 LCSP.



O primeiro a sinalar é que o propio recorrente declara confidencial boa parte da súa oferta, o que se opón á propia argumentación que no recurso agora lle pretende aplicar á oferta da adxudicataria, o cal se inserta no principio da prohibición de ir contra os propios actos.

Que o propio solicitante do acceso declarara confidencial o que el pretende levantar sobre outro licitador é un dato ao que os Tribunais de recursos contractuais prestan especial valor. A recente Resolución OARC 72/2018, de 6 de xuño, engloba esta cuestión no principio da boa fe:

“básicamente, se solicita el acceso al estudio de costes de la UTE adjudicataria y de la UTE CESPAGARBI/ALDI/SAMOS mientras la propia recurrente, VALORIZA, declara como confidencial del contenido del Sobre C, el apartado 2, que es el que contiene el estudio económico. Esto es, el recurrente pretende obtener para sí un determinado efecto jurídico derivado de la norma (el acceso a los estudios económicos de las ofertas de los competidores) que se lo niega a los demás (ha declarado su estudio económico como confidencial), siendo contrario a la buena fe la de obtener ventaja de una infracción también cometida por quien la pretende (ver, en este sentido, la del OARC/KEAO Resolución 30/2015).”

Ademais, tamén cabe indicar que o recorrente tivo acceso ás actas, informes e, como dicíamos, non sería axustado á realidade afirmar que non puido acceder a nada da proposición de HABOCK, pois o órgano de contratación lle permitiu o acceso. Neste punto, existe outra observación repetida polos Tribunais de recursos contractuais, como é recente Resolución 184/2018, de 14 de xuño, do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía ao advertir:

“No obstante, siendo cierto lo anterior, también lo es que el derecho de acceso a las ofertas de los restantes licitadores no es un derecho absoluto que pueda ejercerse sin límite alguno. El mismo debe estar amparado en un interés legítimo por comprobar o verificar una actuación del poder adjudicador que se estime incorrecta o no ajustada a la legalidad, sin que dicho acceso pueda obedecer a un mero deseo de búsqueda de defectos o errores en la oferta de otra entidad licitadora.”

Finalmente, tamén é preciso sinalar que nos atopamos ante un recurso fundado no que o recorrente mostra o seu coñecemento das condicións da oferta do adxudicatario o que lle permite argumentar a súa posición ante este Tribunal, unido á que no axuizamento por este Tribunal cabe, segundo o art. 56.5, coñecer e tomar en consideración a información do expediente para resolver, polo que non procede conceder neste procedemento o novo acceso solicitado.

Décimo.- O recorrente alega ao longo do recurso diversos motivos polos que a oferta da adxudicataria incumpre as previsións do PPT e, polo tanto, debía ser excluída da licitación.

O primeiro que analizaremos refírese a que *“la oferta de HABOCK no acredita que el sistema de climatización ofertado permita en cualquier estación del año que la célula sanitaria tenga una temperatura estable”*, tal e como esixe a cláusula 2.2 do PPT

Debemos referirnos a este respecto á alegación efectuada polo adxudicatario respecto a este concreto motivo de recurso, solicitando a inadmisión do mesmo por ser un argumento xa resolto por este Tribunal na súa anterior Resolución 16/2018, á que xa fixemos referencia. Nese recurso impugnábase a exclusión da empresa aquí recorrente, a cal alegaba como parte dun dos seus argumentos a vulneración do principio de igualdade de trato, pois a ela se lle solicitaran aclaracións sobre o aparato ofertado e non a HABOCK. E a ese respecto sinalábamos que:

“O feito de que a Mesa solicite indicación de que o equipo ofertado vaia estar instalado permanentemente na aeronave e o seu lugar concreto, non é senón unha consecuencia evidente do previsto no PPT e da propia oferta do licitador, e en absoluto supón engadir un novo requisito técnico, tal e como pretende facer ver a recorrente. A cláusula 2.2 sinala expresamente que a cabina debe estar “dotada” dun sistema de climatización, polo que se o escollido pola licitadora é un aparato portátil e non sinala na oferta as concretas condicións nas que vai operar, corresponde á Mesa de contratación solicitar as aclaracións necesarias que lle permitan poder valorar a proposición.

O feito de que posteriormente, e como consecuencia da análise da documentación presentada tras ese trámite concedido, a Mesa de contratación tome a decisión de excluír ao licitador non invalida o propio trámite de alegacións concedido, como sostén a recorrente, senón máis ben ao contrario, pois permite determinar que a Mesa foi escrupulosa no respecto aos principios da contratación pública.”

Polo tanto, dedúcese claramente que o aspecto analizado se centraba no acordo impugnado, é dicir, a exclusión do licitador. Sen embargo, o que se impugna neste recurso é o acordo de adxudicación a HABOCK e neste concreto motivo se o sistema de climatización é acorde co previsto no PPT. Polo tanto, e respecto á alegación de cousa xulgada efectuada por HABOCK, non se pode estimar que fora xa resolto

naquel previo recurso nin que non cuestionalo con carácter previo a este acto de adxudicación cause ningún estado de acto firme e consentido.

Sendo entón este o momento tramitacional oportuno para a súa impugnación, é agora cando este Tribunal debe proceder a analizar os motivos alegados.

Argumenta o recorrente que *“a pesar de que solo se indicó que el sistema de climatización ofertado por HABOCK es de la marca Metro, la mesa de contratación consideró suficiente esa información y no requirió ninguna información adicional a HABOCK para asegurarse de que el sistema de climatización cumplía los requisitos técnicos”*.

O órgano de contratación no seu informe expresa que HABOCK na súa oferta indicou literalmente que o equipo ofertado permite *“en calquera estación do ano que a célula sanitaria teña unha temperatura controlable”*, polo que *“non ha lugar a dúbida neste senso”*.

Neste caso concreto este Tribunal comproba que a oferta do adxudicatario efectivamente fai referencia ao sistema aportado, e incluso inclúe fotografías ao respecto, polo que, admitida esa documentación polo órgano de contratación e non presentándose polo recorrente ante este Tribunal argumento probatorio de ningún tipo que acredite un posible incumprimento dese concreto sistema ofertado, procede a desestimación deste motivo de recurso.

Décimo primeiro.- Como principal motivo de argumentación, o recurso alega que a oferta da adxudicataria incumpre o PPT e as condicións da licitación, ao non acreditar debidamente que os pilotos dispoñan da habilitación tipo helicópteros multipiloto (MP) nin da habilitación de voo por instrumentos (IR), tal e como se esixía.

Referirémonos primeiramente á alegación respecto á habilitación de voo por instrumentos (IR).

O PPT, na súa cláusula 1.18 referida aos recursos humanos, sinala:

“Las empresas deberán presentar las calificaciones y licencias necesarias exigidas a los pilotos, debiendo incluir en su oferta la lista de los mismos, con número de horas de vuelo y cuantos datos estimen de interés, para llevar a cabo todas las tareas de manera segura y eficiente. En esa lista figurarán, al menos, un número de pilotos que garantice la plena operatividad, en los términos del contrato, de forma que



se respeten los días de descanso, no se sobrepasen las horas de vuelo, etc, todo ello conforme a los convenios existentes a tal fin y conforme a la legislación vigente en la materia”

Na cláusula 2.1, sobre as características mecánicas dos aparatos, establécese o seguinte:

“Los helicópteros a contratar se deben ajustar a las siguientes especificaciones y prescripciones:

...

Instrumentación: deberán llevar la instrumentación completa para vuelo IFR, con doble mando para piloto y copiloto”

O recurrente sinala que, esixindo o PPT que a aeronave debe poder efectuar operacións con regras de voo instrumental (IFR), é necesario que os pilotos contan coa habilitación de voo por instrumentos (IR) correspondente, o que non sucede co persoal incluído na oferta de HABOCK.

A este respecto, o Regulamento UE 1178/2011 da Comisión de 3 de novembro de 2011, polo que se establecen requisitos técnicos e procedementos administrativos relacionados co persoal de voo da aviación civil, citado polo recurrente no seu escrito de impugnación, sinala nos seus apartados FCL 600 IR e FCL 605 IR da Subparte G o seguinte:

“FCL.600 IR - Generalidades

Excepción hecha de las disposiciones de FCL.825,[referente a Habilitación de vuelo por instrumentos en ruta (EIR)], las operaciones con reglas IFR en un avión, helicóptero, dirigible o aeronave de despegue vertical sólo serán llevadas a cabo por los titulares de una PPL, CPL, MPL y ATPL con una IR apropiada a la categoría de aeronave o cuando se lleven a cabo pruebas de pericia o instrucción en doble mando.

FCL.605 IR - Atribuciones

a) Las atribuciones del titular de una IR son volar aeronaves en IFR con una altura de decisión mínima de 200 pies (60 m).”

Especial relevancia para esta Resolución debe ter a consulta formulada ao órgano de contratación pola empresa recorrente durante o prazo de presentación de ofertas e a súa resposta, documentos que se aportan co texto do recurso e constan no expediente da licitación.

Transcribimos a continuación no apartado que aquí interesa a concreta consulta de data 04.02.2018, realizada pola recorrente:

“3. En el punto 2.1 del pliego de prescripciones técnicas “características mecánicas” se indica que las aeronaves deben llevar instrumentación para IFR con doble mando para piloto y copiloto. Se solicita confirmación de si por lo tanto las tripulaciones deberán contar en sus licencias con habilitación para operación IFR multipiloto”

E a específica resposta do órgano de contratación:

“3. Sí”.

Por último, procede sinalar que no documento denominado “notas aclaratorias” de data 13.02.2018, que consta no expediente administrativo e foi obxecto de publicación polo órgano de contratación con anterioridade ao fin do prazo de presentación de ofertas, non se fai referencia a esta consulta, se ben si recolle varias preguntas e respostas formuladas pola outra licitadora. É dicir, que o que aparece no expediente é que a pregunta/resposta transcrita non foi publicada e só foi recepcionada entón polo que a formulou, o recorrente.

Se avanzamos na análise, é necesario neste punto poñer de manifesto que a liña argumental esgrimida no informe de contratación non se nos aparece como congruente coa realidade do expediente de licitación. Como sinalamos anteriormente, nese informe a única argumentación contraria á falta de requisitos técnicos dos pilotos alegada pola recorrente é indicar que *“en ningún momento”, se “pretendeu esixir ás empresas licitadoras a relación de persoal nominal que ía prestar o servizo, dado que se estaría a limitar de xeito flagrante a concorrência”* e que iso obrigaría *“ás empresas licitadoras a ter contratado ao persoal no momento do inicio do procedemento, feito inviable a tódolos xeitos; ou no seu defecto a un compromiso de subrogación”*.

Sen embargo, das condicións fixadas nesta licitación resulta claro que se estimaba necesaria a acreditación das habilitacións e circunstancias profesionais das tripulacións para a súa posterior comprobación polo órgano de contratación, nos

termos que máis adiante especificaremos. De feito, a pregunta e a resposta transcrita ratifican expresamente esa necesidade.

É preciso salientar que se ben a carga da proba neste procedemento de recurso corresponde ao recorrente, o informe preceptivo do órgano de contratación debe expresar as razóns e motivacións da súa postura sobre as cuestións que son obxecto de debate. Como sinala a Resolución 34/2015 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón (TACPA, en adiante):

“La finalidad del informe es proporcionar al Tribunal datos, valoraciones y opiniones precisos, para la formación de su voluntad y la adopción de sus acuerdos o resoluciones”.

Nese sentido, o feito de que o recollido nos argumentos do informe que se presenta ante este Tribunal non se adecúe ao contido do expediente administrativo da licitación e difira substancialmente da base que fundamenta as motivacións alegadas no recurso dificulta a defensa da postura do órgano de contratación neste procedemento e non desvirtúa as alegacións recollidas no texto do recorrente.

Neste caso, a cláusula 1.18, referida aos recursos humanos, sinala que as empresas deberán aportar as cualificacións e licencias necesarias esixidas aos pilotos e a cláusula 2.1, sobre as características mecánicas dos aparatos, esixe que deberán levar a instrumentación completa para voo IFR, polo que a interpretación conxunta das dúas cláusulas outorga verosimilitude a concluír que os pilotos necesitarán a habilitación que sexa precisa para efectuar voo IFR.

A empresa adxudicataria nas súas alegacións oponse ao sinalado no motivo do recurso en base aos argumentos que analizaremos a continuación.

Sinala, por un lado, que a cláusula 1.18 comeza indicando:

“La tripulación aeronáutica de cada helicóptero estará formada por un piloto y un copiloto-piloto, que deberá poseer como mínimo la habilitación tipo y la del aparato sustituto”

E esa habilitación tipo cúmprese na tripulación incluída na súa oferta, que dispón da habilitación necesaria para pilotar a aeronave EC 135/635.

Agora ben, a este respecto é preciso salientar que a cláusula transcrita recolle a expresión “como mínimo”, o que necesariamente esixe entender que non exclúe que sexa obrigado dispoñer doutras habilitacións, ademais da correspondente ao tipo de aparato.

Por outro lado, indica HABOCK que a tripulación cumpre coas esixencias do Regulamento UE 965/2012 no referente ás operacións de servizo médico de emerxencias de helicóptero, tal e como se esixe no PPT ao indicar:

“Los pilotos comandantes de aeronave cumplirán lo indicado en apartado experiencia y frecuencia de entrenamiento de la JAR-OPS 3 (operaciones HEMS).”

Hai que indicar que a referencia á normativa JAR-OPS 3 foi aclarada polo órgano de contratación indicando que debía ser substituída polo Regulamento UE 965/2012.

Sobre este punto, novamente debemos sinalar que a esixencia indicada en ningún caso exclúe que sexan necesarias habilitacións adicionais, especificamente a habilitación IR obxecto deste debate.

O PPT recolle que os pilotos deben dispoñer da habilitación necesaria segundo o tipo de aparato e que deberán cumprir as esixencias legalmente previstas para realizar operacións HEMS. Pero o PPT prevé adicionalmente que os aparatos deberán levar *“instrumentación completa para voo IFR”*, polo que é admisible entender que a tripulación debería estar igualmente habilitada para realizar ese tipo de voos. Esta opinión vese reforzada polo feito de que nin o órgano de contratación, que no seu informe non se refire a esta cuestión, nin as alegacións da empresa adxudicataria permiten desvirtuar a argumentación exposta no recurso. E, principalmente, a claridade da resposta do órgano de contratación a unha pregunta ao respecto é determinante nese sentido.

Por outro lado, e no referente á habilitación multipiloto, o recorrente sinala que as operacións a realizar e que son obxecto do contrato son operacións multipiloto, o que esixe a posesión desa necesaria habilitación.

Pola súa banda, HABOCK nas súas alegacións indica que esixir as licencias multipiloto excede do contido dos pregos da licitación, que nada establecen ao respecto e que unha interpretación sistemática dos mesmos impide alcanzar esa conclusión.

Novamente adquire neste caso especial relevancia a concreta pregunta formulada por BABCOCK no proceso de licitación e a resposta dada polo órgano de contratación:

“3. En el punto 2.1 del pliego de prescripciones técnicas “características mecánicas” se indica que las aeronaves deben llevar instrumentación para IFR con doble mando para piloto y copiloto. Se solicita confirmación de si por lo tanto las tripulaciones deberán contar en sus licencias con habilitación para operación IFR multipiloto”

Resposta:

“3. Si”.

Polo tanto, o que se mostra ante este Tribunal é que o propio órgano de contratación manifesta que os pregos da licitación esixen ás empresas licitadoras a acreditación da habilitación multipiloto, sen que as alegacións formuladas pola adxudicataria permitan aseverar que esa interpretación formulada polo órgano sexa ilóxica ou contraria ao contido dos pregos.

Así, tanto sobre a habilitación IR como sobre a multipiloto, a consulta formulada o día 04.02.2018 é clara e refírese a un aspecto concreto do PPT e tanto a pregunta como a resposta fórmulanse con anterioridade ao fin do prazo de presentación de ofertas. Dada a literalidade da pregunta formulada polo recorrente e a precisa contestación do órgano, este Tribunal non pode senón concluír que as condicións da licitación, na interpretación que das mesmas fai o propio órgano de contratación, esixen ás empresas licitadoras a acreditación da habilitación IR e multipiloto.

O feito de que nun proceso de licitación, un posible participante formule unha consulta ao órgano de contratación ao respecto do contido dos pregos da licitación e obteña resposta ao respecto, determina que calquera licitador dilixente e suficientemente informado formule a súa oferta segundo as indicacións fixadas pola Administración, polo que unha modificación posterior do criterio fixado vulneraría os principios de boa fe e confianza lexítima. Precisamente iso determina que as aclaracións efectuadas polo órgano de contratación no proceso de licitación deban ser obxecto de publicación, pois de non ser así québrase coa necesaria transparencia e igualdade que debe presidir toda licitación pública.

Por este motivo, non cabe aceptar como argumento que o desvirtúe as alegacións do adxudicatario relativas a que esta resposta non ten carácter vinculante por non estar así previsto no PCAP, con cita, pola súa parte, ao respecto do previsto no artigo 139 da Lei 9/2017.

Por un lado, o réxime xurídico aplicable non é o previsto na Lei 9/2017, senón o TRLCSP, e concretamente a estes efectos o artigo 158 que, en referencia á información aos licitadores sinala no seu apartado 2:

“La información adicional que se solicite sobre los pliegos y sobre la documentación complementaria deberá facilitarse, al menos, seis días antes de la fecha límite fijada para la recepción de ofertas, siempre que la petición se haya presentado con la antelación que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias del contrato y del procedimiento, haya señalado en los pliegos.”

Procede indicar que a pregunta foi formulada o día 04.02.2018, a resposta enviada o día 07.02.2018 e o fin do prazo de presentación de ofertas foi o día 28.02.2018.

Pero ademais, o artigo 2 da Directiva 2014/24/UE na súa definición do prego de contratación inclúe expresamente no seu contido esa documentación adicional, ao indicar:

“Pliego de contratación»: todo documento elaborado o mencionado por el poder adjudicador para describir o determinar los elementos de la contratación o el procedimiento, incluido el anuncio de licitación, el anuncio de información previa que sirva de convocatoria de licitación, las especificaciones técnicas, el documento descriptivo, las condiciones del contrato propuestas, los formatos para la presentación de documentos por los candidatos y licitadores, la información sobre obligaciones generalmente aplicables y cualquier documento adicional.”

Unha vez chegados a esta conclusión, este Tribunal comprobou as licencias do persoal que constan no Anexo II da oferta técnica de HABOCK correspondente á documentación do persoal, no seu apartado de *“certificados y licencias del personal de vuelo”*. Nas ditas licencias obsérvase no referente ás habilitacións profesionais o acrónimo “SP”, que as propias licencias vinculan á habilitación “monopiloto”, non existindo ningunha mención á posible habilitación como multipiloto nin a habilitación IR, algo que ademais non se nega por HABOCK nas alegacións presentadas neste procedemento de recurso.

Agora ben, é un dato que non se pode obviar para solventar esta cuestión que a información facilitada a BABCOCK sobre as habilitacións profesionais dos pilotos non foi incluída, como xa indicamos, no documento de aclaracións publicado polo órgano de contratación o día 13.02.2018 e, polo tanto, non foi coñecido polo resto de potenciais licitadores, significativamente e para os efectos desta Resolución, polo posterior adxudicatario. Polo tanto, a actuación do órgano de contratación determinou que HABOCK, descoñecendo a interpretación formulada polo órgano de contratación, puidese lexitimamente entender que cumpría o previsto no PPT ao presentar á licitación un persoal sen a necesaria habilitación multipiloto e a habilitación de voo por instrumento.

Debemos admitir como sinala o adxudicatario nas súas alegacións, que o prego non fai ningunha referencia explícita ás habilitacións IR e multipiloto, o que non se axusta a unha condición da relevancia para a execución contractual como é a habilitación dos pilotos, e ao nivel de detalle que mostra o propio prego, sen embargo, noutros aspectos. De feito, é salientable o feito de que dos dous licitadores presentados, un deles non chegou a esa conclusión e o outro, BABCOCK, necesitou dunha aclaración ao respecto por parte do órgano de contratación.

Todo iso permite entender que os pregos non son o suficientemente claros para que un licitador dilixente e suficientemente informado puidese formular con seguridade a súa oferta sen ter coñecido aquela resposta que recibiu o outro licitador. Como sinala o Acordo 5/2011 do TACP de Aragón:

“la confusión entre el clausulado de los pliegos exige un criterio hermenéutico, proclive al principio de igualdad de acceso, de forma que la oscuridad de las cláusulas no puede perjudicar a los eventuales licitadores.”

Unha vez neste punto, é imprescindible determinar a natureza real da obriga incumplida polo adxudicatario derivada dos defectos existentes na súa documentación. Así, a relación do equipo humano proposto coas características que lle son esixibles pode ser, ben un requisito de solvencia, ben un criterio de adxudicación ou ben, finalmente, un compromiso de adscrición de medios á execución do contrato.

Como expresamos na nosa Resolución 45/2018:

“... este TACGal, como xa avanzamos na nosa Resolución 24/2018, considera que, en aras aos bens xurídicos que se dan na licitación, e no equilibrio e



proporcionalidade que se debe buscar nos mesmos, a literalidade é un valor, sen dúbida, especialmente relevante pero sempre ligado a unha interpretación conforme en relación, tanto ao conxunto das condicións da concreta licitación, para que sexa unha totalidade coherente entre si, como en relación con aqueles bens xurídicos e mandatos normativos que non se poden desatender.”

Non cabe apreciar que nos atopemos ante unha condición de solvencia xa que, por un lado, non se recolle como tal nos pregos da licitación, e ademais non é coherente que o persoal a incluír forme parte xa da empresa licitadora no momento de presentación das ofertas.

En segundo lugar, non aparecen as condicións do persoal entre os criterios de adxudicación do contrato, tendo en conta ademais que a consecuencia do incumprimento dun criterio determinaría exclusivamente a non valoración do mesmo.

Polo tanto, só cabe concluír que nos atopamos ante unha esixencia de adscrición de medios á execución do contrato, prevista como tal no artigo 64.2 do TRLCSP:

“Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223.f), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario.”

Sobre esta figura, facemos noso o sinalado polo TACRC na súa resolución 287/2015:

“En este artículo se prevé, pues, la posibilidad de exigir a los contratistas un compromiso de dedicar al contrato determinados medios materiales y la configuración de este compromiso como “obligación esencial del contrato”, cuyo incumplimiento daría lugar a su resolución o a penalizaciones. Esta concreción de las condiciones de solvencia que se prevé en el artículo 64 del TRLCSP no puede confundirse con la solvencia profesional o técnica contemplada en el artículo 62 del Texto Refundido. En este último artículo se contempla la solvencia como un requisito de admisión, es decir, como un requisito de carácter eliminatorio, no valorativo, en el sentido de que quienes no cumplan los requisitos exigidos en el pliego serán excluidos de la

licitación. En cambio, el artículo 64 del TRLCSP sólo exige que los licitadores presenten un compromiso de adscripción a la ejecución del contrato de determinados medios materiales o personales, cuya materialización sólo debe exigirse al licitador que resulte adjudicatario del contrato. Es en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente cuenta con los medios materiales o personales que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato” (Resolución 174/2012).”

A normativa contempla neste sentido dous momentos diferentes con esixencias distintas:

Un primeiro momento que é o de presentación de ofertas (artigo 64.2 TRLCSP), no que se esixe aos candidatos ou licitadores un compromiso de dedicar ou adscribir os medios requiridos no Prego, bastando a mera declaración de compromiso do licitador sen máis xustificación.

Un segundo momento, o da proposta de adxudicación (artigo 151.2 TRLCSP), no que o órgano de contratación ha de requirir ao licitador proposto como adxudicatario que presente a documentación xustificativa de *“dispoñer efectivamente dos medios que se comprometeu a dedicar ou adscribir á execución do contrato conforme ao artigo 64.2”*.

O feito de que o prego esixa a presentación da documentación sobre os medios persoais a todos os licitadores non desvirtúa o aquí exposto. Se ben esa configuración do PCAP pode entenderse como incorrecta por exceder do que sería un mero compromiso de adscripción, hai que precisar que as dúas empresas participantes incluíron esa documentación como anexos ás súas ofertas, de xeito separado á parte obxecto de valoración, o que reafirma o argumento aquí exposto.

Unha vez fixada a natureza que pode ter a esixencia que nos ocupa, e determinado que nos atopamos ante a figura prevista no artigo 64.2 TRLCSP, debemos analizar as consecuencias derivadas dese incumprimento.

Así, procede facer referencia a que é xa doutrina consolidada dos Tribunais administrativos ao respecto de que os concretos medios a aportar polo licitador poden ser modificados durante o procedemento, sempre que se manteñan inalterables as esixencias da licitación, ao ser unha obriga vinculada á execución do contrato. Como sinala, por todas, a Resolución 163/2014 do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (TACRC):



“En definitiva, la empresa se obliga a prestar el servicio contratado contando en todo momento con personal que disponga de la titulación y experiencia requeridos en los pliegos, sin que sea exigible que el personal adscrito a la ejecución del contrato tenga que coincidir con el personal propuesto en fase de licitación, pudiendo hacer cambios en el equipo, tanto a iniciativa de la empresa como a iniciativa del trabajador, siendo esta una cuestión que debe afectar únicamente al ámbito interno de las relaciones internas la empresas y sus trabajadores, sin afectar al cumplimiento del contrato, si el trabajador que deja de formar parte del equipo es sustituido inmediatamente por otro trabajador que cumpla igualmente los requisitos exigidos en el pliego.”

Na mesma liña, a Resolución 409/2014 do TACRC sostén:

“Es por tanto en este momento de la adjudicación cuando el órgano de contratación puede exigir al adjudicatario que acredite que realmente dispone efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato. En efecto, partiendo de que todas las empresas licitadoras deben presentar el compromiso de adscripción de medios a que se refiere el artículo 64 del TRLCSP, cuando los pliegos así lo exigen, es una vez seleccionada la empresa cuya proposición sea la más ventajosa económicamente, cuando debe procederse a exigir, y solamente a dicha empresa, la acreditación de la disponibilidad efectiva de los medios comprometidos, al amparo de lo dispuesto en el artículo 151.2 del TRLCSP. Con ello, se da la oportunidad al órgano de contratación de comprobar, previamente a la adjudicación y formalización del contrato, que la empresa que va a ser adjudicataria dispone, realmente, de los medios que se ha comprometido a adscribir para acometer la ejecución del contrato, y si se aprecia que no se dispone de los mismos, se ordena la exclusión de la proposición en cuestión teniéndola por retirada (...) Igualmente el órgano de contratación, en el trámite de presentación de documentación previsto en el artículo 151.2 TRLCSP, ha de comprobar que el licitador que ha presentado la oferta más ventajosa dispone efectivamente de los medios que se hubiera comprometido a dedicar o adscribir al contrato de acuerdo con el PCAP, procediendo en caso contrario a recabar del licitador siguiente, por el orden en que han quedado las oferta, la documentación requerida por dicho precepto.”

Debemos necesariamente reiterar o xa exposto respecto a que nos atopamos ante un licitador, HABOCK, que, sobre eses medios persoais a adscribir ao contrato, descoñecía a interpretación que o órgano de contratación realizou ao respecto das condicións deses medios persoais a aportar, como xa aclaramos ao longo desta Resolución. Lembremos, outra vez, que as esixencias incumpridas derivan dunha

resposta do órgano de contratación a una pregunta formulada por outro licitador, BABCOCK, que non foi obxecto de publicidade.

Pero ademais, ao longo da licitación o órgano de contratación en ningún momento advertiu a ese licitador das deficiencias no persoal ofertado. Así, e especificamente no trámite previsto no artigo 151.2 no que o licitador que presentou a oferta máis vantaxosa debe aportar a documentación xustificativa de acharse ao corrente no cumprimento das súas obrigacións tributarias e coa Seguridade Social, de dispoñer efectivamente dos medios que se comprometeu a dedicar ou adscribir á execución do contrato conforme ao artigo 64.2, e de constituír a garantía definitiva que sexa procedente, non se lle indicou nada ao respecto dos medios persoais.

En conclusión, polo tanto, e respecto á concreta petición de exclusión expresada no recurso, debemos partir do principio xeral xa expresado por este Tribunal en varias resolucións de que a exclusión dun licitador é un resultado especialmente gravoso que debe ser valorado con proporcionalidade (por todas, Resolución TACGal 45/2018).

No mesmo sentido pronúnciase o TACPA no seu Acordo 8/2011 que sinala que:

“la valoración de la documentación requerida y los efectos derivados de su no presentación o presentación inadecuada, debe realizarse atendiendo a los distintos principios jurídicos en juego y, especialmente, al de proporcionalidad.”

Igualmente na nosa Resolución 12/2018 xa precisabamos que:

“cómpre sinalar que a exclusión das ofertas por cuestións formais debe ser obxecto dunha interpretación estrita, por ser un acto contrario aos principios de libre concorrência e antiformalidade que rexen na contratación pública, e vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidade. Máis nun suposto en que xa existe un adxudicatario, polo que os intereses de terceiros licitadores non poden prevalecer sobre o interese público que supón o cumprimento da oferta máis vantaxosa, aquí xa declarada no acordo de adxudicación”

E a Resolución 78/2017 do Tribunal Administrativo de Recursos Contractuais de Andalucía tamén establece que:

“en aplicación del principio de proporcionalidad propugnado por la jurisprudencia comunitaria y que se eleva a rango de principio de la contratación en el artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE (LA LEY 4613/2014), hemos de tomar en consideración que los actos de los poderes adjudicadores no deben rebasar los

límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos perseguidos, debiendo entender que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, deberá recurrirse a la menos onerosa y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.”

Polo tanto, partindo de que no caso de HABOCK, un licitador dilixente e suficientemente informado, non podía coñecer as condicións da contratación fixadas polo órgano de contratación nunha consulta que non foi obxecto da debida publicación nin lle foi comunicada, este Tribunal conclúe que non procede excluír a súa oferta.

Agora ben, fixado con claridade polo órgano de contratación que os pilotos e copilotos a adscribir ao contrato deberán estar en posesión das habilitacións IR e multipiloto, esta obriga vincula ao órgano de contratación ao longo do procedemento, que non se pode apartar do seu criterio e adxudicar o contrato a quen non cumpra a dita esixencia, pois se vulneraría o principio de igualdade entre os licitadores.

Así, atopándonos ante a figura da adscripción dos medios persoais necesarios para a execución do contrato, procede anular o acordo de adxudicación e retrotraer o procedemento de licitación ao momento anterior á apertura do trámite previsto no artigo 151.2, aos únicos efectos de que o órgano de contratación requira a HABOCK a presentación da documentación correspondente aos medios persoais, que deberá ser obxecto de comprobación polo órgano de contratación conforme á interpretación do PPT por el realizada na resposta de data 07.02.2018, é dicir, que a tripulación finalmente asignada ao contrato deberá contar con habilitación IR e multipiloto.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Estimar parcialmente** o recurso interposto por BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA S.A.U. contra a adxudicación do contrato do servizo de transporte sanitario urxente aéreo para a Fundación Pública Urxencias Sanitarias de Galicia-061, debendo procederse segundo o indicado no fundamento xurídico último desta resolución.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Ao abeiro do artigo 57.4 LCSP, o órgano de contratación deberá dar coñecemento a este Tribunal das actuacións adoptadas para lle dar cumprimento a esta resolución.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.