

Recurso nº 81/2018**Resolución nº 75/2018****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por S.Y.V.R. actuando en nombre y representación de BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA S.A.U. contra la adjudicación del contrato del servicio de transporte sanitario urgente aéreo para la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061, expediente AB-FUS1-17-019, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061 se convocó la licitación del contrato del servicio de transporte sanitario urgente aéreo, con un valor estimado declarado de 15.180.000 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE el 19.01.2018, en el Perfil el 23.01.2018, en el DOG el 13.02.2018 y en el BOE el 03.02.2018.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSF, en adelante).

Tercero.- El recurrente impugna el acuerdo de fecha 01.08.2018 por el que se adjudica el contrato a la empresa HABOCK AVIATION S.L. (HABOCK en adelante).

Cuarto.- En fecha 22.08.2018 BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA S.A.U. (BABCOCK en adelante) interpuso recurso especial en materia de contratación contra dicha resolución, a través de la sede electrónica de la Xunta de Galicia.

Quinto.- Con fecha 23.08.2018 se reclamó a la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061 el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 31.08.2018.

Sexto.- Se trasladó el recurso a los interesados con fecha 06.09.2018, recibándose las alegaciones de la empresa HABOCK.

Séptimo.- En fecha 31.08.2018 este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera LCSP el presente recurso se tramitó conforme los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- Procede analizar detalladamente la legitimación de la empresa recurrente en la presente impugnación.

El órgano de contratación en su informe no recoge una posible inadmisión del recurso. La adjudicataria, en sus alegaciones, defiende que la recurrente carece de legitimación.

BABCOCK fue excluida de este procedimiento mediante acuerdo del 23 de abril de 2018, acuerdo recurrido ante este TACGal y que fue desestimado en nuestra Resolución 16/2018. Contra esta resolución BABCOCK interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Galicia el día 31.07.2018, con anterioridad, por lo tanto, a la presente impugnación del acuerdo de adjudicación ante este TACGal, recurso aún no resuelto por el TSJG.

Debemos señalar, en primer lugar, que con carácter general no procede que por un licitador ya excluido se impugnen actos posteriores dictados en el procedimiento de adjudicación.

Ahora bien, en este caso concreto es preciso tener en cuenta lo que la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 21.12.2016, asunto C-355/15, señala respecto a la legitimación de un licitador previamente excluido, en lo referente a que la Directiva 89/665 – la llamada Directiva del 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*

Por lo tanto, solo nos cabe acatar que en este momento BABCOCK es un licitador afectado, en cuanto que no definitivamente excluido a los efectos de este recurso especial, y que mantiene su derecho a recurrir las decisiones adoptadas en el procedimiento de licitación al estar el acto de su exclusión sujeto a un procedimiento de recurso, efectivamente interpuesto y aun no finalizado.

A la misma conclusión llega el Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de Euskadi, en su Resolución 137/2017 en la que literalmente señala:

“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.”

La Sentencia TJUE 11.05.2017, C-131/16, por su parte, admite la legitimación para cuestionar la adjudicación del que era el otro licitador, en cuanto que podría conllevar a que se pudiera tener que convocar nuevamente la licitación, porque el excluido aún no lo estaba definitivamente ya que estaba a la vez abierta la vía impugnatoria contra la exclusión y la adjudicación.

Por lo tanto, de la lectura de ambas Sentencias interpretamos que el definitivamente excluido – y no lo está mientras se resuelve una impugnación contra esa exclusión- no puede cuestionar ya la adjudicación, pero si no tiene su exclusión tal condición esta S. TJUE 11.05.2017 ampara que este pueda cuestionar la adjudicación, también cuando el resultado de su impugnación pueda conllevar que se declare desierta la licitación, lo que hay que extender también a cuando ese licitador competidor - en tanto que no definitivamente excluido- pueda tener algún interés en la anulación de la adjudicación y consecuencias de esta revocación.

La pretensión en este recurso se dirige, en primer lugar, a la anulación de la adjudicación así como a la exclusión de la oferta de la adjudicataria. Nos encontramos ante un procedimiento de licitación en el que, precisamente, se presentaron dos licitadores, por lo que la estimación de este recurso le podría otorgar un beneficio al permitirle, en su caso, poder alcanzar la condición de adjudicatario de ser revocada su exclusión, o la declaración de la contratación como desierta de ser confirmada su exclusión, con la convocatoria de una ulterior licitación a la que podría concurrir, por lo que no podemos excluir su legitimación a la vista del estado de la cuestión que acabamos de transcribir.

Cuarto.- La resolución de adjudicación fue notificada el día 01.08.2018, por lo que el recurso fue interpuesto en plazo.

Quinto.- Tratándose del acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios por importe superior a 100.000€, el recurso es admisible según el artículo 44 LCSP.

Sexto.- El recurrente alega que la oferta del adjudicatario incumple lo previsto en el PPT, por lo que debería haber sido excluido del procedimiento. A este respecto, y de manera principal, indica que la oferta de HABOCK no acredita que los pilotos

dispongan de la habilitación tipo helicópteros multipiloto (MP) ni de la habilitación de vuelo por instrumentos (IR).

Además, señala que el sistema de climatización de la adjudicataria no acredita el cumplimiento de las exigencias fijadas en los pliegos.

A esta referencia, anuda la petición a este TACGal de acceso al expediente, recogida en el artículo 52 LCSP.

Séptimo.- El órgano de contratación en su informe a este recurso señala que *“en ningún momento, este órgano de contratación pretendió exigir a las empresas licitadoras la relación de personal nominal que iba a prestar el servicio, dado que se estaría limitando de manera flagrante la concurrencia a la dicha licitación”*.

Añade que la pretensión del recurrente *“obligará a las empresas licitadoras a contratar al personal en el momento del inicio del procedimiento, hecho inviable a todas modos; o en su defecto a un compromiso de subrogación que no se recoge en los pliegos de este procedimiento ni en el convenio colectivo del sector”*.

Y señala que, en todo caso, la empresa adjudicataria *“garantiza en su oferta que el personal que va a prestar el servicio reunirá los requisitos exigidos en los pliegos y conforme a la ley vigente”*.

Respecto al sistema de climatización, recoge la descripción del mismo que consta en la oferta ganadora y, por lo que se refiere al acceso al expediente solicitado en esta fase de recurso, explica que el órgano de contratación dio acceso a la recurrente a la parte de la oferta de la adjudicataria no declarada confidencial.

Octavo.- HABOCK se oponen a los argumentos expresados en el recurso con diversas consideraciones a las que haremos referencia al largo de esta resolución.

Noveno.- Primeramente debemos analizar lo que es la cuestión del acceso al expediente.

La LCSP recoge al respecto:

“Artículo 52. Acceso al expediente.



1. Si el interesado desea examinar el expediente de contratación antes de interponer el recurso especial, deberá solicitarlo al órgano de contratación, el cual tendrá la obligación de ponerlo de manifiesto sin perjuicio de los límites de confidencialidad establecidos en la ley.

2. Los interesados podrán hacer la solicitud de acceso al expediente dentro del plazo de interposición del recurso especial, y el órgano de contratación deberá facilitar el acceso en los cinco días hábiles siguientes al de recepción de la solicitud. La presentación de esta solicitud no paralizará en ningún caso el plazo para interponer el recurso especial.

3. El incumplimiento de las previsiones contenidas en el número 1 anterior no eximirá los interesados de la obligación de interponer el recurso especial dentro del plazo legalmente establecido. A pesar de eso, el citado incumplimiento podrá ser alegado por el recurrente en su recurso; en cuyo caso el órgano competente para resolverlo deberá conceder al recurrente el acceso al expediente de contratación en sus oficinas durante el plazo de diez días, con carácter previo al trámite de alegaciones, para que complete su recurso. En este supuesto concederá un plazo de dos días hábiles al órgano de contratación para que emita el informe correspondiente y cinco días hábiles a los restantes interesados para que efectúen las alegaciones que consideren convenientes.

Artículo 56.5.

El órgano competente para resolver el recurso deberá, en todo caso, garantizar la confidencialidad y el derecho a la protección de los secretos comerciales en relación con la información contenida en el expediente de contratación, sin perjuicio de que pueda conocer y tomar en consideración dicha información a la hora de resolver. Corresponderá a dicho órgano resolver acerca de cómo garantizar la confidencialidad y el secreto de la información que conste en el expediente de contratación, sin que por eso resulten perjudicados los derechos de los demás interesados a la protección jurídica efectiva y al derecho de defensa en el procedimiento.”

El recurrente solicitó, con anterioridad a la interposición de este recurso especial, el acceso al expediente que le fue concedido parcialmente por el órgano de contratación, respecto de aquella documentación no declarada confidencial por el adjudicatario.

BABCOCK considera que el acceso permitido en tal resolución es insuficiente y contradice el artículo 140 TRLCSP, y por eso solicita de este Tribunal tal acceso al amparo del artículo 52.3 LCSP.

Lo primero a señalar es que el propio recurrente declara confidencial buena parte de su oferta, lo que se opone a la propia argumentación que en el recurso ahora le pretende aplicar a la oferta de la adjudicataria, lo cual se inserta en el principio de la prohibición de ir contra los propios actos.

Que el propio solicitante del acceso había declarado confidencial lo que él pretende levantar sobre otro licitador es un dato al que los Tribunales de recursos contractuales prestan especial valor. La reciente Resolución OARC 72/2018, de 6 de junio, engloba esta cuestión en el principio de la buena fe:

“básicamente, se solicita el acceso al estudio de costes de la UTE adjudicataria y de la UTE CESPA/GARBIALDI/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).”

Además, también cabe indicar que el recurrente tuvo acceso a las actas, informes y, como decíamos, no sería ajustado a la realidad afirmar que no pudo acceder a nada de la proposición de HABOCK, pues el órgano de contratación le permitió el acceso. En este punto, existe otra observación repetida por los Tribunales de recursos contractuales, como es reciente Resolución 184/2018, de 14 de junio, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía al 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, también es preciso señalar que nos encontramos ante un recurso fundado en el que el recurrente muestra su conocimiento de las condiciones de la

oferta del adjudicatario lo que le permite argumentar su posición ante este Tribunal, unido a que en el enjuiciamiento por este Tribunal cabe, según el art. 56.5, conocer y tomar en consideración la información del expediente para resolver, por lo que no procede conceder en este procedimiento el nuevo acceso solicitado.

Décimo.- El recurrente alega a lo largo del recurso diversos motivos por los que la oferta de la adjudicataria incumple las previsiones del PPT y, por lo tanto, debía ser excluida de la licitación.

El primero que analizaremos se refiere 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 y como exige la cláusula 2.2 del PPT

Debemos referirnos a este respecto a la alegación efectuada por el adjudicatario respecto a este concreto motivo de recurso, solicitando la inadmisión del mismo por ser un argumento ya resuelto por este Tribunal en su anterior Resolución 16/2018, a la que ya hicimos referencia. En este recurso se impugnaba la exclusión de la empresa aquí recurrente, la cual alegaba como parte de uno de sus argumentos la vulneración del principio de igualdad de trato, pues a ella se le habían solicitado aclaraciones sobre el aparato ofertado y no a HABOCK. Y a ese respecto señalábamos que:

“El hecho de que la Mesa solicite indicación de que el equipo ofertado vaya a estar instalado permanentemente en la aeronave y su lugar concreto, no es sino una consecuencia evidente de lo previsto en el PPT y de la propia oferta del licitador, y en absoluto supone añadir un nuevo requisito técnico, tal y como pretende hacer ver la recurrente. La cláusula 2.2 señala expresamente que la cabina debe estar “dotada” de un sistema de climatización, por lo que si el escogido por la licitadora es un aparato portátil y no señala en la oferta las concretas condiciones en las que va a operar, corresponde a la Mesa de contratación solicitar las aclaraciones necesarias que le permitan poder valorar la proposición.

El hecho de que posteriormente, y como consecuencia del análisis de la documentación presentada tras ese trámite concedido, la Mesa de contratación tome la decisión de excluir al licitador no invalida el propio trámite de alegaciones concedido, como sostiene la recurrente, sino más bien al contrario, pues permite determinar que la Mesa fue escrupulosa en el respeto a los principios de la contratación pública.”

Por lo tanto, se deduce claramente que el aspecto analizado se centraba en el acuerdo impugnado, es decir, la exclusión del licitador. Sin embargo, lo que se impugna en este recurso es el acuerdo de adjudicación a HABOCK y en este concreto motivo si el sistema de climatización es acorde con lo previsto en el PPT. Por lo tanto, y respeto a la alegación de cosa juzgada efectuada por HABOCK, no se puede estimar que ya fuera resuelto en aquel previo recurso ni que no cuestionarlo con carácter previo a este acto de adjudicación cause ningún estado de acto firme y consentido.

Siendo entonces este el momento tramitacional oportuno para su impugnación, es ahora cuando este Tribunal debe proceder a analizar los motivos alegados.

Argumenta el recurrente 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”*.

El órgano de contratación en su informe expresa que HABOCK en su oferta indicó literalmente que el equipo ofertado permite *“en cualquier estación del año que la célula sanitaria tenga una temperatura controlable”*, por lo que *“no ha lugar a duda en este sentido”*.

En este caso concreto este Tribunal comprueba que la oferta del adjudicatario efectivamente hace referencia al sistema aportado, e incluso incluye fotografías al respecto, por lo que, admitida esa documentación por el órgano de contratación y no presentándose por el recurrente ante este Tribunal argumento probatorio de ningún tipo que acredite un posible incumplimiento de ese concreto sistema ofertado, procede la desestimación de este motivo de recurso.

Décimo primero.- Como principal motivo de argumentación, el recurso alega que la oferta de la adjudicataria incumple el PPT y las condiciones de la licitación, al no acreditar debidamente que los pilotos dispongan de la habilitación tipo helicópteros multipiloto (MP) ni de la habilitación de vuelo por instrumentos (IR), tal y como se exigía.

Nos referiremos primeramente a la alegación respecto a la habilitación de vuelo por instrumentos (IR).

El PPT, en su cláusula 1.18 referida a los recursos humanos, señala:

“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”

En la cláusula 2.1, sobre las características mecánicas de los aparatos, se establece el siguiente:

“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”

El recurrente señala que, exigiendo el PPT que la aeronave debe poder efectuar operaciones con reglas de vuelo instrumental (IFR), es necesario que los pilotos cuenten con la habilitación de vuelo por instrumentos (IR) correspondiente, lo que no sucede con el personal incluido en la oferta de HABOCK.

A este respecto, el Reglamento UE 1178/2011 de la Comisión de 3 de noviembre de 2011, por el que se establecen requisitos técnicos y procedimientos administrativos relacionados con el personal de vuelo da aviación civil, citado por el recurrente en su escrito de impugnación, señala en sus apartados FCL 600 IR y FCL 605 IR de la Subparte G lo siguiente:

“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 tener la consulta formulada al órgano de contratación por la empresa recurrente durante el plazo de presentación de ofertas y su respuesta, documentos que se aportan con el texto del recurso y constan en el expediente de la licitación.

Transcribimos a continuación en el apartado que aquí interesa la concreta consulta de fecha 04.02.2018, realizada por la recurrente:

"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"

Y la específica respuesta del órgano de contratación:

"3. Sí".

Por último, procede señalar que en el documento denominado "notas aclaratorias" de fecha 13.02.2018, que consta en el expediente administrativo y fue objeto de publicación por el órgano de contratación con anterioridad al fin del plazo de presentación de ofertas, no se hace referencia a esta consulta, si bien sí recoge varias preguntas y respuestas formuladas por la otra licitadora. Es decir, que lo que aparece en el expediente es que la pregunta/respuesta transcrita no fue publicada y solo fue recepcionada entonces por el que la formuló, el recurrente.

Si avanzamos en el análisis, es necesario en este punto poner de manifiesto que la línea argumental esgrimida en el informe de contratación no se nos aparece como congruente con la realidad del expediente de licitación. Como señalamos anteriormente, en ese informe la única argumentación contraria a la falta de requisitos técnicos de los pilotos alegada por la recurrente es indicar que *"en ningún momento", se "pretendió exigir a las empresas licitadoras la relación de personal nominal que iba a prestar el servicio, dado que se estaría limitando de manera flagrante la concurrencia"* y que eso obligaría *"a las empresas licitadoras a haber contratado al*

personal en el momento del inicio del procedimiento, hecho inviable la todas las maneras; o en su defecto a un compromiso de subrogación”.

Sin embargo, de las condiciones fijadas en esta licitación resulta claro que se estimaba necesaria la acreditación de las habilitaciones y circunstancias profesionales de las tripulaciones para su posterior comprobación por el órgano de contratación, en los términos que más adelante especificaremos. De hecho, la pregunta y la respuesta transcrita ratifican expresamente esa necesidad.

Es preciso destacar que si bien la carga de la prueba en este procedimiento de recurso corresponde al recurrente, el informe preceptivo del órgano de contratación debe expresar las razones y motivaciones de su postura sobre las cuestiones que son objeto de debate. Como señala la Resolución 34/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón (TACPA, en adelante):

“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”.

En ese sentido, el hecho de que lo recogido en los argumentos del informe que se presenta ante este Tribunal no se adecúa al contenido del expediente administrativo de la licitación y difiera sustancialmente de la base que fundamenta las motivaciones alegadas en el recurso dificulta la defensa de la postura del órgano de contratación en este procedimiento y no desvirtúa las alegaciones recogidas en el texto del recurrente.

En este caso, la cláusula 1.18, referida a los recursos humanos, señala que las empresas deberán aportar las calificaciones y licencias necesarias exigidas a los pilotos y la cláusula 2.1, sobre las características mecánicas de los aparatos, exige que deberán llevar la instrumentación completa para vuelo IFR, por lo que la interpretación conjunta de las dos cláusulas otorga verosimilitud al concluir que los pilotos necesitarán la habilitación que sea precisa para efectuar vuelo IFR.

La empresa adjudicataria en sus alegaciones se opone a lo señalado en el motivo del recurso en base a los argumentos que analizaremos a continuación.

Señala, por un lado, que la cláusula 1.18 comienza 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”

Y esa habilitación tipo se cumple en la tripulación incluida en su oferta, que dispone de la habilitación necesaria para pilotar la aeronave EC 135/635.

Ahora bien, a este respecto es preciso destacar que la cláusula transcrita recoge la expresión “como mínimo”, lo que necesariamente exige entender que no excluye que sea obligado disponer de otras habilitaciones, además de la correspondiente al tipo de aparato.

Por otro lado, indica HABOCK que la tripulación cumple con las exigencias del Reglamento UE 965/2012 en lo referente a las operaciones de servicio médico de emergencias de helicóptero, tal y como se exige en el PPT al indicar:

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

Hay que indicar que la referencia a la normativa JAR-OPS 3 fue aclarada por el órgano de contratación indicando que debía ser sustituida por el Reglamento UE 965/2012.

Sobre este punto, nuevamente debemos señalar que la exigencia indicada en ningún caso excluye que sean necesarias habilitaciones adicionales, específicamente la habilitación IR objeto de este debate.

El PPT recoge que los pilotos deben disponer de la habilitación necesaria según el tipo de aparato y que deberán cumplir las exigencias legalmente previstas para realizar operaciones HEMS. Pero el PPT prevé adicionalmente que los aparatos deberán llevar *“instrumentación completa para vuelo IFR”*, por lo que es admisible entender que la tripulación debería estar igualmente habilitada para realizar ese tipo de vuelos. Esta opinión se ve reforzada por el hecho de que ni el órgano de contratación, que en su informe no se refiere a esta cuestión, ni las alegaciones de la empresa adjudicataria permiten desvirtuar la argumentación expuesta en el recurso. Y, principalmente, la claridad de la respuesta del órgano de contratación a una pregunta al respecto es determinante en ese sentido.

Por otro lado, y en lo referente a la habilitación multipiloto, el recurrente señala que las operaciones a realizar y que son objeto del contrato son operaciones multipiloto, lo que exige la posesión de esa necesaria habilitación.

Por su parte, HABOCK en sus alegaciones indica que exigir las licencias multipiloto excede del contenido de los pliegos de la licitación, que nada establecen al respecto y que una interpretación sistemática de los mismos impide alcanzar esa conclusión.

Nuevamente adquiere en este caso especial relevancia la concreta pregunta formulada por BABCOCK en el proceso de licitación y la respuesta dada por el 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”

Respuesta:

“3. Sí”.

Por lo tanto, lo que se muestra ante este Tribunal es que el propio órgano de contratación manifiesta que los pliegos de la licitación exigen a las empresas licitadoras la acreditación de la habilitación multipiloto, sin que las alegaciones formuladas por la adjudicataria permitan aseverar que esa interpretación formulada por el órgano sea ilógica o contraria al contenido de los pliegos.

Así, tanto sobre la habilitación IR como sobre la multipiloto, la consulta formulada el día 04.02.2018 es clara y se refiere a un aspecto concreto del PPT y tanto la pregunta como la respuesta se formulan con anterioridad al fin del plazo de presentación de ofertas. Dada la literalidad de la pregunta formulada por el recurrente y la precisa contestación del órgano, este Tribunal no puede sino concluir que las condiciones de la licitación, en la interpretación que de las mismas hace el propio órgano de contratación, exigen a las empresas licitadoras la acreditación de la habilitación IR y multipiloto.

El hecho de que en un proceso de licitación, un posible participante formule una consulta al órgano de contratación al respecto del contenido de los pliegos de la licitación y obtenga respuesta al respecto, determina que cualquier licitador diligente y suficientemente informado formule su oferta según las indicaciones fijadas por la Administración, por lo que una modificación posterior del criterio fijado vulneraría los principios de buena fe y confianza legítima. Precisamente eso determina que las aclaraciones efectuadas por el órgano de contratación en el proceso de licitación deban ser objeto de publicación, pues de lo contrario se quiebra con la necesaria transparencia e igualdad que debe presidir toda licitación pública.

Por este motivo, no cabe aceptar como argumento que lo desvirtúe las alegaciones del adjudicatario relativas a que esta respuesta no tiene carácter vinculante por no estar así previsto en el PCAP, con cita, por su parte, al respecto de lo previsto en el artículo 139 de la Ley 9/2017.

Por un lado, el régimen jurídico aplicable no es el previsto en la Ley 9/2017, sino el TRLCSP, y concretamente a estos efectos el artículo 158 que, en referencia a la información a los licitadores señala en su 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 la pregunta fue formulada el día 04.02.2018, la respuesta enviada el día 07.02.2018 y el fin del plazo de presentación de ofertas fue el día 28.02.2018.

Pero además, el artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE en su definición del pliego de contratación incluye expresamente en su contenido esa documentación adicional, al 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.”

Una vez llegados a esta conclusión, este Tribunal comprobó las licencias del personal que constan en el Anexo II de la oferta técnica de HABOCK correspondiente a la documentación del personal, en su apartado de “*certificados y licencias del personal de vuelo*”. En dichas licencias se observa en lo referente a las habilitaciones profesionales el acrónimo “SP”, que las propias licencias vinculan a la habilitación “monopiloto”, no existiendo ninguna mención a la posible habilitación como multipiloto ni la habilitación IR, algo que además no se niega por HABOCK en las alegaciones presentadas en este procedimiento de recurso.

Ahora bien, es un dato que no se puede obviar para solventar esta cuestión que la información facilitada a BABCOCK sobre las habilitaciones profesionales de los pilotos no fue incluida, como ya indicamos, en el documento de aclaraciones publicado por el órgano de contratación el día 13.02.2018 y, por lo tanto, no fue conocido por el resto de potenciales licitadores, significativamente y para los efectos de esta Resolución, por el posterior adjudicatario. Por lo tanto, la actuación del órgano de contratación determinó que HABOCK, desconociendo la interpretación formulada por el órgano de contratación, pudiera legítimamente entender que cumplía lo previsto en el PPT al presentar a la licitación un personal sin la necesaria habilitación multipiloto y la habilitación de vuelo por instrumento.

Debemos admitir como señala el adjudicatario en sus alegaciones, que el pliego no hace ninguna referencia explícita a las habilitaciones IR y multipiloto, lo que no se ajusta a una condición de la relevancia para la ejecución contractual como es la habilitación de los pilotos, y al nivel de detalle que muestra el propio pliego, sin embargo, en otros aspectos. De hecho, es destacable el hecho de que de los dos licitadores presentados, uno de ellos no llegó a esa conclusión y el otro, BABCOCK, necesitó de una aclaración al respecto por parte del órgano de contratación.

Todo eso permite entender que los pliegos no son lo suficientemente claros para que un licitador diligente y suficientemente informado pudiera formular con seguridad su oferta sin haber conocido aquella respuesta que recibió el otro licitador. Como señala el A cuerdo5/2011 del 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.”

Una vez en este punto, es imprescindible determinar la naturaleza real del deber incumplido por el adjudicatario derivada de los defectos existentes en su documentación. Así, la relación del equipo humano propuesto con las características que le son exigibles puede ser, bien un requisito de solvencia, bien un criterio de adjudicación o bien, finalmente, un compromiso de adscripción de medios a la ejecución del contrato.

Como expresamos en nuestra Resolución 45/2018:

“... este TACGal, como ya avanzamos en nuestra Resolución 24/2018, considera que, en aras a los bienes jurídicos que se dan en la licitación, y en el equilibrio y proporcionalidad que se debe buscar en los mismos, la literalidad es un valor, sin duda, especialmente relevante pero siempre ligado a una interpretación conforme en relación, tanto al conjunto de las condiciones de la concreta licitación, para que sea una totalidad coherente entre sí, como en relación con aquellos bienes jurídicos y mandatos normativos que no se pueden desatender.”

No cabe apreciar que nos encontremos ante una condición de solvencia ya que, por un lado, no se recoge como tal en los pliegos de la licitación, y además no es coherente que el personal a incluir forme parte ya de la empresa licitadora en el momento de presentación de las ofertas.

En segundo lugar, no aparecen las condiciones del personal entre los criterios de adjudicación del contrato, habida cuenta además que por consecuencia del incumplimiento de un criterio determinaría exclusivamente la no valoración del mismo.

Por lo tanto, solo cabe concluir que nos encontramos ante una exigencia de adscripción de medios a la ejecución del contrato, prevista cómo tal en el artículo 64.2 del 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, hacemos nuestro lo señalado por el TACRC en su 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).”

La normativa contempla en este sentido dos momentos diferentes con exigencias distintas:

Un primer momento que es el de presentación de ofertas (artículo 64.2 TRLCSP), en el que se exige a los candidatos o licitadores un compromiso de dedicar o adscribir los medios requeridos en el Pliego, bastando la mera declaración de compromiso del licitador sin más justificación.

Un segundo momento, el de la propuesta de adjudicación (artículo 151.2 TRLCSP), en el que el órgano de contratación ha de requerir al licitador propuesto como adjudicatario que presente la documentación justificativa de “disponer efectivamente de los medios que se comprometió a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2”.

El hecho de que el pliego exija la presentación de la documentación sobre los medios personales a todos los licitadores no desvirtúa lo aquí expuesto. Si bien esa configuración del PCAP puede entenderse como incorrecta por exceder de lo que sería un mero compromiso de adscripción, hay que precisar que las dos empresas participantes incluyeron esa documentación como anexos a sus ofertas, de manera separada a la parte objeto de valoración, lo que reafirma el argumento aquí expuesto.



Una vez fijada la naturaleza que puede tener la exigencia que nos ocupa, y determinado que nos encontramos ante la figura prevista en el artículo 64.2 TRLCSP, debemos analizar las consecuencias derivadas de ese incumplimiento.

Así, procede hacer referencia a que es ya doctrina consolidada de los Tribunales administrativos al respecto de que los concretos medios a aportar por el licitador pueden ser modificados durante el procedimiento, siempre que se mantengan inalterables las exigencias de la licitación, al ser un deber vinculado a la ejecución del contrato. Como señala, por todas, la Resolución 163/2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (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.”

En la misma línea, la Resolución 409/2014 del TACRC sostiene:

“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 lo ya expuesto respecto a que nos encontramos ante un licitador, HABOCK, que, sobre esos medios personales a adscribir al contrato, desconocía la interpretación que el órgano de contratación realizó al respecto de las condiciones de esos medios personales a aportar, como ya aclaramos a lo largo de esta Resolución. Recordemos, otra vez, que las exigencias incumplidas derivan de una respuesta del órgano de contratación a una pregunta formulada por otro licitador, BABCOCK, que no fue objeto de publicidad.

Pero además, a lo largo de la licitación el órgano de contratación en ningún momento advirtió a ese licitador de las deficiencias en el personal ofertado. Así, y específicamente en el trámite previsto en el artículo 151.2 en el que el licitador que presentó la oferta más ventajosa debe aportar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, de disponer efectivamente de los medios que se comprometió a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 64.2, y de constituir la garantía definitiva que sea procedente, no se le indicó nada al respecto de los medios personales.

En conclusión, por lo tanto, y respecto a la concreta petición de exclusión expresada en el recurso, debemos partir del principio general ya expresado por este Tribunal en varias resoluciones de que la exclusión de un licitador es un resultado especialmente gravoso que debe ser valorado con proporcionalidad (por todas, Resolución TACGal 45/2018).

En el mismo sentido se pronuncia el TACPA en su A cuerdo8/2011 que señala 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 en nuestra Resolución 12/2018 ya precisábamos que:

“hace falta señalar que la exclusión de las ofertas por cuestiones formales debe ser objeto de una interpretación estricta, por ser un acto contrario a los principios de libre concurrencia y antiformalidad que rigen en la contratación pública, y vinculada en todo caso a criterios de proporcionalidad. Más en un supuesto en que ya existe un adjudicatario, por lo que los intereses de terceros licitadores no pueden prevalecer sobre el interés público que supone el cumplimiento de la oferta más ventajosa, aquí ya declarada en el acuerdo de adjudicación”

Y la Resolución 78/2017 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía también 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.”

Por lo tanto, partiendo de que en el caso de HABOCK, un licitador diligente y suficientemente informado, no podía conocer las condiciones de la contratación fijadas por el órgano de contratación en una consulta que no fue objeto de la debida publicación ni le fue comunicada, este Tribunal concluye que no procede excluir su oferta.

Ahora bien, fijado con claridad por el órgano de contratación que los pilotos y copilotos a adscribir al contrato deberán estar en posesión de las habilitaciones IR y multipiloto, este deber vincula al órgano de contratación a lo largo del procedimiento, que no se puede apartar de su criterio y adjudicar el contrato a quien no cumpla dicha exigencia, pues se vulneraría el principio de igualdad entre los licitadores.

Así, encontrándonos ante la figura de la adscripción de los medios personales necesarios para la ejecución del contrato, procede anular el acuerdo de adjudicación y retrotraer el procedimiento de licitación al punto anterior a la apertura del trámite previsto en el artículo 151.2, a los únicos efectos de que el órgano de contratación requiera a HABOCK la presentación de la documentación correspondiente a los medios personales, que deberá ser objeto de comprobación por el órgano de contratación conforme a la interpretación del PPT por él realizada en la respuesta de

fecha 07.02.2018, es decir, que la tripulación finalmente asignada al contrato deberá contar con habilitación IR y multipiloto.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Estimar parcialmente** el recurso interpuesto por BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA S.A.U. contra la adjudicación del contrato del servicio de transporte sanitario urgente aéreo para la Fundación Pública Urgencias Sanitarias de Galicia-061, debiendo procederse según lo indicado en el fundamento jurídico último de esta resolución.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Al amparo del artículo 57.4 LCSP, el órgano de contratación deberá dar conocimiento a este Tribunal de las actuaciones adoptadas para darle cumplimiento a esta resolución.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.