RE 042/2018

Acuerdo 47/2018, de 22 de junio de 2018, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial interpuesto por "BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA, S.A.U." frente a su exclusión de la licitación del contrato denominado «Servicio de transporte sanitario y de emergencias mediante helicóptero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón», promovido por el Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación relativo al contrato indicado en el encabezamiento de este Acuerdo, se publicó el día 4 de agosto de 2017 en el Diario Oficial de la Unión Europea y en el Perfil de contratante del Gobierno de Aragón; y el día 11 de agosto de 2017 en el Boletín Oficial de Aragón y en el Boletín Oficial del Estado.

Se trata de un contrato de servicios licitado por procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación y con un valor estimado de 17.574.965,10 euros, IVA excluido.

Segundo.- Tras la tramitación del correspondiente procedimiento, la Mesa de contratación acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de la oferta presentada por la recurrente del procedimiento de licitación referenciado, en la sesión celebrada con fecha 27 de marzo de 2018 convocada para comprobar la documentación aportada por la recurrente atendiendo el requerimiento del artículo

151.2 del TRLCSP y de la cláusula 17.2 del PCAP, al considerar que no ha justificado los requisitos para ser adjudicataria. Así, mediante Orden del Consejero de Presidencia del Gobierno de Aragón de fecha 5 de abril de 2018 se acuerda excluir de la licitación a la recurrente y declarar desierto el procedimiento de adjudicación.

Tercero.- El día 7 de mayo de 2018 tuvo entrada en el Registro General de este Tribunal, escrito de recurso especial en materia de contratación, presentado por "BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA, S.A.U." contra el acto de exclusión del contrato de referencia, que fue interpuesto en Oficina de correos con fecha 2 de mayo de 2018.

De dicho escrito de recurso se dio traslado al órgano de contratación, que remitió el expediente de contratación el día 7 de mayo de 2018, a través del Registro de este órgano, junto con el informe sobre el recurso.

Cuarto.- Con fecha 14 de mayo de 2018, se dio traslado del recurso al resto de entidades licitadoras otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, habiéndolas presentado, en plazo, la entidad HABOCK AVIATION, S.L.", oponiéndose al mismo.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En cuanto al régimen jurídico aplicable a la licitación de referencia, dado que se trata de un expediente de contratación iniciado antes de la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), al amparo de la Disposición Transitoria 1ª, apartado primero de la misma,

se regirá por la normativa anterior, y por tanto le resultan de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, y las restantes disposiciones de desarrollo.

En cuanto al presente recurso especial, se regirá por la LCSP hasta su resolución en virtud de lo dispuesto en la citada Disposición Transitoria 1ª, apartado cuarto, de la LCSP.

SEGUNDO.- Se acredita en el expediente la legitimación de "BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA, S.A.U." para interponer el recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP.

TERCERO.- El contrato objeto de licitación es un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública y el objeto del recurso es la exclusión del recurrente, por lo que el acto recurrido es susceptible del recurso especial en materia de contratación al amparo del artículo 44, apartado 1.a), de la LCSP y del artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas).

El recurso se ha interpuesto en tiempo y forma.

CUARTO.- Resuelta la admisión del recurso, procede entrar a valorar los motivos en los que se fundamenta el recurso.

En primer lugar, la recurrente solicita la anulación de su exclusión debido a que, a su juicio, sí que ha sido debidamente acreditado el cumplimiento de las especificaciones o características técnicas exigidas en la cláusula 6.2 del PPT relativas al "peso en vacío" y la "carga útil" de las aeronaves titulares y las de reserva, en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP, al contrario de lo que entiende el órgano de contratación.

Concretamente, el apartado 2 de la cláusula 6 del PCAP exige que la carga útil de las aeronaves sea mayor o igual que 1.250 kg y que el peso en vacío sea menor o igual que 2.000 kg.

Así, en primer lugar, respecto de las aeronaves titulares, la recurrente afirma que las dos características de la carga útil de las aeronaves que va a adscribir al contrato, se cumplen a la vista de la propia documentación aportada por ella, consistente en las fichas técnicas del fabricante para el modelo ofertado, que son además la documentación exigida por el PPT en la cláusula 11.1.

Por su parte, el órgano de contratación señala en el informe sobre el presente recurso que:

«Las aeronaves que propone BABCOCK no cumplen el requisito de que su Peso en vacío sea igual o menor a 2.000 kg, y la carga útil mayor o igual a 1.250 kg.

Respecto de las aeronaves titulares, los manuales de vuelo presentados por la empresa adjudicataria son un documento de carácter general para los modelos ofertados de helicópteros estándar y no el manual de vuelo del helicóptero para los S/N 1244 y S/N 1247 emitido por el

fabricante, con la configuración de misión objeto del contrato HEMS y donde se define el Empty-Weight (peso en vacío). Esta información es la que permite a la mesa de contratación realizar los cálculos necesarios para el cálculo de la carga útil.

La empresa adjudicataria presenta un documento de Airbus Helicopters España que certifica el peso máximo al despegue (Maxium Takeoff Weight), el peso en vacío ("Empty weight, Baseline Aircraft Definition") y la carga útil ("Useful load, Baseline Aircraft Definition") para los modelos H135T3 y H135 Helionix para un helicóptero estándar. Por tanto, la mesa de contratación no puede verificar los aspectos técnicos exigidos en este apartado del PPT.

Para las aeronaves de reserva con matrículas EC-MSD y EC-MSE, los manuales de vuelo presentados por la empresa adjudicataria son manuales de carácter general para los modelos ofertados de helicópteros estándar y no el manual de vuelo del helicóptero para los S/N de las matrículas presentadas EC-MSD y EC-MSE emitido por el fabricante, con la configuración de misión objeto del contrato HEMS y donde se define el Empty-Weight (Peso en vacío).

La empresa adjudicataria presenta un documento de Airbus Helicopters España que certifica el peso máximo al despegue (Maxium Takeoff Weight), el peso en vacío ("Empty weight, Baseline Aircraft Definition") y la carga útil ("Useful load, Baseline Aircraft Definition") para el modelo EC-145 para un helicóptero stándar. Por tanto, la mesa de contratación no puede verificar los aspectos técnicos exigidos en este apartado del PPT.»

Asimismo, en el informe del Servicio de Seguridad y Protección Civil emitido para valorar la documentación presentada por la ahora

recurrente, (obrante en el expediente administrativo a los folios 3624 a 3632) se analiza desde un punto de vista técnico la cuestión controvertida. En él se aprecia que fundamentalmente la cuestión obstativa para entender cumplidos los requisitos exigidos tanto de las aeronaves titulares como de las de reserva, es la misma, esto es, que con el documento presentado por la recurrente -las fichas del fabricante- al ser este «un documento de carácter general para helicópteros estándar» se certifica las características estudiadas para los modelos ofertados para un helicóptero standard, sin que se conozcan tales características con la configuración para ser helicópteros sanitarios, esto es, con el denominado kit sanitario, necesario para la prestación del servicio que se contrata. Así, se señala expresamente en dicho informe que «*el peso en vacío de la configuración de un helicóptero sanitario es superior al peso en vacío de un helicóptero estándar, por lo que la empresa adjudicataria debería de haber presentado la Hoja de peso y centrado*», hoja que según parece deducirse del informe, forma parte del manual de vuelo.

A este respecto varias cuestiones deben ser analizadas. En primer lugar, la cuestión sustentada por el órgano de contratación de que las características del peso en vacío y de la carga útil de los helicópteros han de ser cumplidas, no por el helicóptero estándar o modelo de helicóptero, sino por el modelo de helicóptero ofertado por el licitador con el kit sanitario montado, y sumado por tanto, el peso de éste.

Este Tribunal ya puede adelantar que no puede estar de acuerdo con tal consideración. El PPT señala en la cláusula 6.2 las especificaciones técnicas de los helicópteros, entre ellas las características del peso en vacío y de la carga útil, sin que se especifique que deba sumarse el kit sanitario, ni se pueda deducir tal consideración de su tenor literal, pues

se limita a hablar de «*los helicópteros*». Es más, es en unas cláusulas diferentes, las subsiguientes, concretamente la 6.3 y 6.4., la primera bajo el título «*especificaciones de capacidad y autonomía*», donde se refiere a la capacidad de la configuración sanitaria y la segunda, con el nombre «*especificaciones sanitarias*», donde se define el equipamiento sanitario necesario para prestar el servicio.

Pues bien, desde el Acuerdo 3/2011, es doctrina de este Tribunal administrativo que, como dispone el artículo 3 del Código Civil, «*las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*». Así, conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras, y el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio, es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible.

A ello se une que, para la acreditación de tales características, el PPT exige «*las fichas técnicas del fabricante para el modelo ofertado, copias del manual de vuelo del fabricante y otros documentos o certificados que se consideraren oportunos*». Así, y a pesar de la falta de la exigible concreción, puede deducirse que, dado que la documentación exigible para su acreditación es la confeccionada por el fabricante, y siendo que los kits sanitarios no son producidos por el mismo fabricante, es por lo que no resulta lógico exigir una documentación técnica procedente del fabricante para acreditar el peso de la aeronave incluyendo el peso del kit sanitario.

Por otro lado, el órgano de contratación señala en su informe lo siguiente:

«La mesa de contratación con el fin de asegurar un cálculo correcto de los requisitos técnicos establecidos en este apartado del PPT y considerando que la primera empresa adjudicataria fue excluida del procedimiento que nos ocupa por el incumplimiento de los requisitos establecidos en este apartado, entiende que la documentación que debe presentar la empresa adjudicataria actual sea la documentación específica de cada aeronave ofertada para que sea valorada en las mismas condiciones que lo fue la primera empresa adjudicataria.

Ya hemos recordado que las exigencias de la licitación deben mantenerse constantes en todo el procedimiento, pues en ese caso se conculcaría el principio de igualdad de trato, y no es posible flexibilizarlas para BABCOCK porque sea la única empresa que sigue en la licitación.

Al no aportar los manuales de vuelo específicos de las aeronaves titulares y de las aeronaves de reserva con matrículas EC-MSD y EC-MSE, no queda acreditado el cumplimiento de los requisitos técnicos exigidos.»

Sorprende a este Tribunal las afirmaciones realizadas en este informe cuando, el órgano de contratación, en el recurso especial interpuesto contra la adjudicación de este contrato que dio lugar al Recurso 146/2018, resuelto por el Acuerdo 2/2018, señaló en el informe de dicho recurso:

«Frente a esta afirmación es necesario hacer constar que según la norma EU 965/2012: "El peso básico en vacío (Basic Empty Mass) es la masa de la aeronave más los ítems estándar como son: el combustible

no utilizable y otros fluidos no utilizables, el aceite de lubricación motor y de unidades auxiliares, el extintor, el equipo de oxígeno de emergencia y el equipo electrónico suplementario".

Según información del fabricante (Airbus Helicopters) en documento "Costumized Helicopter configuration", el peso en vacío de los modelos presentados, EC135T3 s/n 1231 y 1225 es de 1.719 kg y el peso máximo al despegue autorizado es de 2.980 kg. Por tanto, la diferencia entre el peso máximo autorizado y el peso en vacío de las aeronaves presentadas es de 1.261 kg, cumpliendo así lo establecido en el apartado 6.2 del PPT, que establece una carga útil >= de 1.250 kg.

Las fichas del fabricante donde se pueden comprobar todos y cada uno de los parámetros descritos en el párrafo anterior se encuentran en la documentación presentada por la empresa adjudicataria.

Además, cabe incidir que la empresa BABCOCK presentó en la oferta el mismo modelo de aeronave que HABOCK, el EC135T3, por lo que sorprende que ella misma alegue que no cumple en este requisito».

Asimismo, en la documentación aportada por la otra licitadora en el mismo trámite del que ha derivado la exclusión objeto del presente recurso, se decía en el folio 68 del documento pdf denominado «SOLVENCIA HABOCK AERONAVES» (y concretamente referenciado en el índice de dicho documento dentro del apartado 1.6.) lo siguiente:

- ✓ *«No se aporta el manual de vuelo, dado su volumen documental quedando a su disposición para clarificar cualquier consulta que sobre el mismo quieran solicitarnos.*
- ✓ *Se aporta el certificado correspondiente al KIT sanitario marca BUCHER instalado en las aeronaves»*

De manera que en el caso del otro licitador se dio por válida la ficha del fabricante para acreditar las características citadas, y pese a no aportar el manual de vuelo, no se tuvo por no acreditadas las características analizadas. Además, se ha comprobado que en dicho certificado del kit sanitario, -producido por otra empresa distinta de la fabricante del helicóptero-, no se hace referencia al peso del mismo, por lo que este factor no se pudo tener en cuenta.

Por ello y como ya avanzábamos, debemos estimar el motivo de impugnación analizado, por entender que no puede considerarse válidamente que no se han acreditado las características referidas, puesto que ello solo puede hacerse en base a una interpretación contraria al tenor literal del PPT y además contraria al criterio mantenido en la actuación anterior del órgano de contratación, con vulneración del principio de igualdad de trato a los licitadores y de la doctrina de la vinculación de los actos propios y la buena fé y confianza legítima.

QUINTO.- El recurrente señala también que resulta improcedente fundar la exclusión en la falta de presentación del código de matrícula de las aeronaves titulares, al considerar que tal código solamente sirve como elemento identificativo, lo cual, a su juicio, se ve suplido por otros documentos, como el que denomina formulario F52, que incluye un concepto, el denominado número de serie, que sirve a los mismos fines. Afirma, asimismo que dicho código de matrícula no sirve o no acredita ninguna de las especificaciones técnicas que debían ser justificadas en el momento procesal del requerimiento del artículo 151.2 del TRCLCSP por lo que considera que el código de matrícula no resultaba exigible.

En este punto la recurrente viene a reconocer que la falta de aportación del código trae causa del hecho de que las aeronaves no están matriculadas, pero entiende que con arreglo a los Pliegos, las aeronaves no deben estar necesariamente matriculadas hasta el momento mismo en que se empiece a ejecutar el contrato.

El órgano de contratación en su informe señala a este respecto que:

«La no presentación del código de matrícula de las aeronaves titulares ofertadas… pone de manifiesto la no disponibilidad efectiva de las aeronaves titulares para dar respuesta al contrato que nos ocupa, no pudiendo aceptar los "serial number" presentados como justificación suficiente.

El "serial number" no garantiza la plena disposición efectiva de la aeronave para poder operar en el espacio aéreo del país correspondiente, siendo únicamente una identificación del fabricante. El procedimiento de matriculación de una aeronave, así como todo el proceso que conlleva su puesta a punto para poder operar en este servicio de transporte sanitario y de emergencias, de acuerdo con los plazos necesarios por la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) no es un proceso inmediato que pueda ser resuelto en un espacio reducido de tiempo, como puede ser la matriculación de un coche —ejemplo que pone la recurrente en su recurso, intentando contaminar al tribunal con una afirmación carente de cualquier valor—. De ahí la exigencia en el Pliego de Prescripciones Técnicas de la presentación de las matrículas en esta fase de la licitación, ya que es la única manera en que que el órgano de contratación se asegura la efectiva, no solo en el sentido material, sino también en el jurídico, de la disponibilidad de las

aeronaves con todas las autorizaciones legales necesarias para poder dar respuesta al servicio contratado.»

Pues bien, no puede acogerse el argumento del recurrente en este caso. En la cláusula 11.1 del PPT, se señala la documentación que permite justificar las prestaciones y características de las aeronaves, documentación que con arreglo al Anexo IV debe aportar en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP, para acreditar que las aeronaves ofertadas cumplen los requisitos técnicos exigidos. Dicha cláusula es muy clara y no deja lugar a dudas, al exigir el código de matrícula. Como también exige el «*historial técnico completo de las máquinas, con especificación de la fecha de fabricación y matrícula del helicóptero*», los «*certificados de aeronavegabilidad*» y la «*acreditación de que los aparatos que se ofertan están autorizados por la Dirección General de Aviación Civil y demás organismos competentes para realizar las misiones expuestas*».

Por todo ello, no cabe sino concluir que los Pliegos de la licitación si exigen que en el trámite estudiado las aeronaves estén matriculadas y debidamente autorizadas para operar, y que tal y como señala el órgano de contratación en su informe que la falta de presentación del código de matrícula de las aeronaves titulares ofertadas conlleva, por un lado, el incumplimiento del punto 11.1 del PPT y por otro, pone de manifiesto la falta de disponibilidad efectiva de las aeronaves titulares para dar respuesta al contrato que nos ocupa.

Como dijimos en nuestro Acuerdo 2/2018, «*este Tribunal en el Acuerdo 36/2013, de 10 de julio, ya reafirmó la doctrina que mantiene en relación a los efectos del PPT y a los requisitos y condiciones técnicas que los mismos establecen respecto de la prestación objeto del contrato de*

conformidad con lo preceptuado en los artículos 116 y 117 del TRLCSP y 68 del RGLCAP. El Tribunal recuerda que entre las prescripciones técnicas puede haberlas de carácter obligatorio, incondicionadas, cuyo incumplimiento supone la imposibilidad de ejecutar correctamente el contrato, es decir, de hacerlo conforme a las exigencias que la administración ha considerado imprescindibles para asegurar la realización de la prestación que constituye su objeto».

Por ello, se desestima el motivo de impugnación analizado.

SEXTO.- Al desestimar el motivo analizado en el fundamento anterior, se confirma la falta de acreditación por el ahora recurrente de la disposición efectiva de los medios que se comprometió a adscribir a la ejecución del contrato, por lo que por aplicación del artículo 151.2, párrafo tercero, procede entender que el licitador ha retirado su oferta.

Por ello mismo, este Tribunal no va a entrar a enjuiciar el resto de motivos esgrimidos en el escrito de recurso.

Por otro lado, consecuencia de la estimación del motivo analizado en el fundamento de derecho cuarto es que, pese a que este Tribunal considera irregular el criterio empleado para valorar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de las aeronaves que se comprometió a adscribir, ello no puede incidir en la validez del acto de exclusión objeto del presente recurso. Y ello debido a que dicho acto no podría tener un contenido distinto de no haberse producido esa infracción del PPT, de forma que la estimación de ese motivo de recurso, no exige, ni implica, volver sobre el mismo procedimiento y expediente, ni anular el acto en su integridad, en base a la regla de la limitación de la extensión de la invalidez en parte, de los actos, establecida en el artículo 49.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

las Administraciones Públicas, regla que es consecuencia, a su vez, de los principios de economía procesal y eficacia, establecida para evitar el efecto extensivo de la presencia de vicios en los actos administrativos.

SEPTIMO.- Por último, el órgano de contratación, en su informe al recurso, somete a la consideración del Tribunal la imposición de una multa, por entender que existe manifiesta mala fe y temeridad en la recurrente.

Sin embargo, el artículo 31.2 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, dispone que «*La imposición de multas al recurrente solo procederá en el caso de que se hubieran desestimado totalmente las pretensiones formuladas en el escrito de recurso*», circunstancia que no concurre en este caso, por lo que no procede la imposición de la multa solicitada.

En virtud de cuanto precede, y al amparo de lo establecido en el artículo 46 de la LCSP así como en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, previa deliberación, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por unanimidad de sus miembros, adopta el siguiente

III. ACUERDO

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso especial presentado por "BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA, S.A.U." frente a la Orden del Consejero de Presidencia del Gobierno de Aragón de fecha 5 de abril de 2018 por la que se acuerda excluir de la licitación a la recurrente y declarar desierto el procedimiento de adjudicación del contrato denominado «Servicio de transporte sanitario y de emergencias mediante helicóptero en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón», y anular la mención siguiente «*e incumplir los requisitos técnicos exigidos*» contenida en el acto impugnado, declarando expresamente la validez de la parte restante del mismo y por tanto, la validez de la exclusión acordada.

SEGUNDO.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento y ordenar su inserción en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

TERCERO. - El Departamento de Presidencia del Gobierno de Aragón deberá dar conocimiento a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

Este Acuerdo es definitivo en vía administrativa y ejecutivo en sus propios términos en virtud del artículo 59 de la LCSP, y contra el mismo sólo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, 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.