



EB 2015/056

Resolución 068/2015, de 1 de julio de 2015, del titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la Asociación Española de Compañías Aéreas de Helicópteros y Trabajos Aéreos (AECA HELICÓPTEROS) contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato de servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias con helicóptero, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 25 de mayo de 2015 la Asociación Española de Compañías Aéreas de Helicópteros y Trabajos Aéreos (AECA HELICÓPTEROS) interpuso en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren (en adelante, OARC/KEAO) recurso especial contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato de servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias con helicóptero.

SEGUNDO: El expediente de contratación y el informe al que se refiere el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) tuvieron entrada el día 4 de junio de 2015 en el registro del OARC / KEAO.



TERCERO: Por Resolución B-BN 11/2015, de 9 de junio de 2015 este OARC/KEAO acordó estimar la petición de medida cautelar solicitada por la recurrente consistente en la suspensión del procedimiento.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Según consta en su acta fundacional de 24 de enero de 2012, la Asociación Española de Compañías Aéreas de Helicópteros y Trabajos Aéreos (AECA HELICÓPTEROS) es una asociación, constituida al amparo de la Ley 19/1977, de 1 de abril, cuyo objeto es, en lo que al objeto del recurso interesa, la gestión y defensa de los intereses de las compañías aéreas españolas dedicadas al transporte y trabajos aéreos en helicópteros, pudiendo llevar a cabo cuantas acciones y actividades sean necesarias para la consecución de los citados fines y, especialmente, ejercer los procedimientos y acciones de naturaleza administrativa o jurisdiccional para los que se encuentre legitimada en defensa de los intereses del sector y de sus propios afiliados (art. 2 h) de sus estatutos).

El perjuicio alegado es el de que las compañías aéreas asociadas a AECA HELICÓPTEROS, y posibles licitadoras en el contrato público, no ven garantizados los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, como consecuencia de que las prescripciones técnicas deberían permitir, y no lo hacen, el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia y, por ello, impugna dos aspectos del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT), por lo que es evidente que ostenta título legitimador.

En lo que respecta al compareciente, se acredita la representación necesaria para presentar el recurso.



SEGUNDO: Si bien el poder adjudicador califica el contrato como gestión de servicio público, este OARC/KEAO, en su Resolución B-BN 11/2015, de 9 de junio de 2015, de adopción de la medida cautelar de suspensión del procedimiento, señala al efecto lo siguiente:

«Es doctrina reiterada (expuesta, por ejemplo, en sus Resoluciones 49/2013, 74/2013 y 16/2014) que el OARC / KEAO, a la hora de comprobar si un contrato está incluido en el ámbito del recurso especial (es decir, a la hora de verificar su propia competencia) no está vinculado por la denominación que haya dado el órgano de contratación al aprobar los pliegos, sino que debe atender a la naturaleza del contrato y contrastar el contenido del mismo con las definiciones que para cada tipo establece la legislación contractual (ver también las Resoluciones 203 y 220 de 2011, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, TACRC). La citada legislación ha de interpretarse del modo que resulte más adecuado para que las Directivas que incorpora tengan el efecto útil buscado por el legislador europeo. Si tal interpretación no es posible, y el precepto de la directiva tiene un contenido normativo claro, preciso e incondicionado que reconoce derechos concretos a los particulares frente a los poderes públicos y que no se ha incorporado en el plazo marcado, o se ha incorporado incorrectamente, la Directiva debe aplicarse con preferencia a cualquier norma interna que la contradiga y los particulares pueden alegarla ante las autoridades nacionales, que deben aplicarla frente a cualquier norma nacional que la contradiga (Sentencia del TJUE de 24/9/1998, asunto C-76/97).

A la vista de lo anterior, se observa que en el contrato analizado concurren las notas propias del contrato de servicios. Esta modalidad se define en términos amplísimos en el artículo 10 del TRLCSP como aquella cuyo objeto comprende «(...) prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro (...).»; esta definición es idéntica a la que establece el artículo 1.2 d) de la Directiva 2004/18 /CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y en ella caben sin ningún problema conceptual los contratos en los que, como en el caso analizado, la Administración solicita a un tercero prestaciones de hacer sin que medie transferencia del riesgo. La ausencia de dicha transferencia y el hecho de que la remuneración proceda íntegramente del poder adjudicador (punto 4.2 de la carátula



del PCAP) son precisamente las características que permiten descartar que el contrato sea una concesión de servicios, figura no comprendida en el ámbito de la Directiva 2004/18 (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10/9/2009, asunto C-206/08; 10/3/2011, asunto 274/09 y 10/11/2011, asunto 348/10). Dado que el ámbito objetivo de la Directiva 89/665, que regula los recursos en el ámbito contractual y es el referente comunitario para el recurso especial del TRLCSP, es el mismo que el de la Directiva 2004/18, no cabe otra interpretación que entender que cualquier contrato que cumpla las notas que el derecho europeo considera típicas del contrato de servicios debe tener acceso al recurso especial, aunque su denominación o naturaleza se reputen distintas en el TRLCSP. Consecuentemente, el recurso debe ser considerado como referido a un contrato de servicios y aceptada su tramitación.»

TERCERO: El objeto del recurso es el pliego de prescripciones técnicas; acto recurrible de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 a) TRLCSP.

CUARTO: El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma, pues se presenta el mismo día en el que finaliza el plazo de presentación de ofertas (25 de mayo de 2015).

Como se afirma, entre otras, en las Resoluciones de este OARC/KEAO 78/2012, 11/2014, 92/2014 y 123/2014, si no consta en el expediente, como en este caso, que se remitieran los pliegos de manera expresa al recurrente ni que éste tuviera acceso a los mismos de modo electrónico en una fecha concreta, el plazo de interposición comienza el día hábil siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones. Esta doctrina ha sido la seguida invariablemente por el OARC / KEAO, y se ha visto confirmada por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco 553/2013 de 28 de octubre de 2013, dictada a propósito de la Resolución 12/2012 del OARC / KEAO y que en su Fundamento de Derecho Segundo afirma:

«El plazo de interposición del recurso especial en materia de contratación no comienza a correr, como interpreta la recurrente, en la fecha en que el interesado pudo conocer el contenido del pliego o documento objeto de esa impugnación porque tal solución ad casum no se compadece con las previsiones del artículo 314-2 en relación al artículo 142 de la Ley



30/1997 que no fijan el dies ad quem con referencia a tal eventualidad sino a la fecha en que ciertamente el pliego y los otros documentos contractuales son recibidos por el licitador o puestos a su disposición por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, de oficio o a solicitud del interesado presentada antes de que finalice el plazo de presentación de las ofertas, y como en el presente caso no hay constancia de la comunicación de que aquellos documentos hubiesen sido recibidos o puestos a disposición del recurrente por alguno de los medios señalados el plazo de interposición no comenzó a correr sino desde el día siguiente hábil al de vencimiento del plazo de presentación de las ofertas, según ha interpretado el Órgano competente.

En conclusión, no es la posibilidad de conocimiento del pliego recurrido sino la recepción o acceso del licitador a dicho documento por alguno de los medios previstos por la norma la que determina por elementales razones de seguridad jurídica el inicio del plazo de interposición del mencionado recurso.»

QUINTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la CAE tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SEXTO: Los argumentos del recurso son, en síntesis, los siguientes:

a) El pliego contiene un requisito de antigüedad máxima de las aeronaves (10 años contados desde su fabricación hasta la fecha de publicación de los pliegos del contrato) que vulnera la normativa sectorial aplicable, tanto española como europea, pues la antigüedad de una aeronave no implica mayor seguridad en las operaciones a realizar y se aporta en este sentido informe de la Directora de la Autoridad Estatal de Seguridad Aérea (en adelante, AESA) de 26 de febrero de 2009. Si una aeronave mantiene en vigor su Certificado de aeronavegabilidad y, consecuentemente, se encuentra sujeta a un programa de mantenimiento de aeronavegabilidad, supervisado por una Organización aprobada por AESA, cumple con los parámetros y requisitos exigidos por la normativa aeronáutica para poder operar servicios como el ofertado estableciéndose, por tanto, una barrera de acceso que infringe la libre competencia.



b) La cláusula 5.2 del PPT impone a la adjudicataria la responsabilidad de la instalación y mantenimiento de las bases de operaciones. No obstante dicha obligación debería asumirse por el propietario o Administración contratante considerándose que el Real Decreto 750/2014, de 5 de septiembre, que regula las actividades aéreas de lucha contra incendios y búsqueda y salvamento y establece los requisitos en materia de aeronavegabilidad y licencias para otras actividades aeronáuticas y, en concreto, lo dispuesto en su Anexo III TAE.ORO.GEN.215 Requisitos en cuanto a instalaciones, debería ser de aplicación al contrato que se impugna por no existir regulación específica en esta materia.

SÉPTIMO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:

a) La recurrente no acredita que empresas asociadas no hayan podido concurrir a la licitación como consecuencia de las supuestas restricciones del PPT denunciadas.

b) El requisito de la antigüedad de las aeronaves se ha introducido por motivos de seguridad y para garantizar la continuidad del servicio dado que, en virtud de datos aportados desde Emergencias de Osakidetza en 2013, el helicóptero tuvo 7 averías que lo inmovilizaron en mayor o menor medida. Se confunden las prescripciones técnicas, que definen los requisitos de calidad y seguridad que deben reunir los bienes a contratar, con las habilitaciones legales necesarias para la prestación del servicio (certificado de aeronavegabilidad). Además, el requisito de la antigüedad no lo es de acceso, sino un requisito de ejecución del contrato.

c) El recurrente afirma que la instalación y mantenimiento de las bases de operaciones la debe asumir la administración pero no argumenta las razones de dicha afirmación.



OCTAVO: La primera de las cláusulas del PPT que se impugna es la 9.1 del PPT, concretamente, la especificación contenida en su último párrafo, que dice así:

9.- CARACTERÍSTICAS DE LA AERONAVE

9.1. Especificaciones generales de la aeronave

(...)

No tendrá una antigüedad superior a diez años contados desde su fabricación hasta la fecha de publicación de los pliegos referentes al contrato.

En relación con el establecimiento de prescripciones técnicas este Órgano resolutorio, en su Resolución 116/2014 ha indicado lo siguiente:

«El artículo 117.2 TRLCSP establece que «Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.» De este precepto se deduce que, si bien los poderes adjudicadores pueden configurar el objeto del contrato de la manera más adecuada para la satisfacción de sus necesidades, no pueden establecer prescripciones técnicas que impidan injustificadamente el acceso a la licitación. Entre otros casos, y por lo que interesa al objeto de este procedimiento de recurso, tal obstrucción se produce cuando se cumplen dos condiciones. La primera, que se fijen unos requisitos técnicos que solo pueden ser cumplidos por un producto concreto, lo que provocaría una barrera o dificultad para el acceso a la licitación de las empresas que no lo comercializan. La segunda condición es que tales requisitos sean arbitrarios, es decir, no estrictamente exigidos por el cumplimiento de la finalidad del contrato, la cual podría quedar igualmente satisfecha con otras soluciones técnicas que, sin embargo, las prescripciones no permiten.»

Proyectada esta doctrina al recurso planteado, la primera reflexión que cabe realizar es la de que, si las necesidades que se pretenden satisfacer por el contrato lo requieren, el órgano de contratación puede configurar un pliego con prescripciones técnicas más estrictas que las requeridas por la legislación sectorial para la realización del servicio. El límite sería el de que su exigencia no sea arbitraria, es decir, que se halle justificada, y que dicha finalidad no se



pueda satisfacer mediante la configuración de otras prescripciones que supongan una mayor apertura al mercado.

En la Memoria justificativa de la contratación de fecha 25 de febrero de 2015, suscrita por el Director de Aseguramiento y Contratación Sanitaria, tras especificarse cuales son las características y aportaciones del helicóptero a la Red de Transporte Sanitario Urgente (RSTU), concluye que además de mejorar de forma notable la calidad de la prestación sanitaria de urgencia ofertada a la ciudadanía, avanza en los objetivos establecidos en su día para la asistencia sanitaria urgente (globalización del proceso asistencial, extensión de la cobertura asistencial del soporte vital avanzado a toda la población de la Comunidad Autónoma del País Vasco y elaboración de un plan de atención para los incidentes con múltiples víctimas). En esta misma memoria figura la justificación de los criterios de adjudicación elegidos, entre los que cabe destacar, por su relación con el motivo impugnatorio, la de la oferta económica, que se basa en la finalidad de responder al objetivo de la estabilidad presupuestaria y de control del gasto que establece el art. 1 del TRLCSP y que en el punto 29.2.1 a) 1 de la carátula del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP) se pondera con un 56 puntos sobre 100 y la de la antigüedad de la aeronave inferior a cuatro años, cuya valoración responde a que una menor antigüedad del vehículo contemplada en las ofertas presentadas redundará en una mejora de sus prestaciones mecánicas y asistenciales por incorporar éstos los últimos avances tecnológicos y que se pondera en el punto 29.2.1.a) 4 de la carátula del PCAP con 9 puntos sobre 100.

Por su parte, en el informe del poder adjudicador que acompaña al recurso especial se pone de manifiesto que el establecimiento de la prescripción técnica referente a la antigüedad obedece a motivos de seguridad y para garantizar la continuidad del servicio dado que, en virtud de datos aportados desde Emergencias de Osakidetza, en 2013 el helicóptero tuvo 7 averías.



En el contrato proyectado el requisito de la antigüedad actúa en dos fases distintas; por un lado como una prescripción técnica a exigir al helicóptero que realiza el servicio, que debe tener una antigüedad inferior a 10 años (computados de la forma que especifica el PPT) y, de otro, como criterio de adjudicación, que no es recurrido. La seguridad es la justificación que aporta el poder adjudicador para exigir una determinada antigüedad como una prescripción técnica. Las razones de seguridad son rebatidas por el recurrente con la aportación del Certificado de fecha 26 de febrero de 2009, de la Directora de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea en el que concluye que:

«(...)

Por tanto se debe concluir que la garantía de seguridad de las aeronaves no está condicionada por la edad de la misma sino por la validez de su certificado de aeronavegabilidad, la operación de la aeronave conforme a las limitaciones del mismo, y la adecuada realización de las tareas de mantenimiento de la aeronavegabilidad.»

Según estas conclusiones, las razones de seguridad no pueden servir de base para justificar la exigencia de una antigüedad determinada de la aeronave, pues estos se hallan cubiertos por el certificado de aeronavegabilidad y por las tareas de mantenimiento, por lo que decae el argumento utilizado por el poder adjudicador para mantener esta prescripción técnica. Tampoco puede admitirse el argumento de que la aeronave que prestaba el servicio ha tenido durante el año 2013 siete averías pues, además de no especificarse la antigüedad de la aeronave, tampoco se especifica que éstas se hayan debido a su antigüedad.

Si la prescripción técnica que limita la antigüedad de la aeronave no puede basarse en un criterio de seguridad es evidente que su exigencia limita la libre concurrencia pues empresas con aeronaves que cumplen con los requisitos de aeronavegabilidad y que, por lo tanto, son seguras, encuentran una barrera de acceso que no se halla convenientemente justificada.

No ocurre lo mismo con el criterio de adjudicación referido a antigüedad de la aeronave inferior a cuatro años que, aunque no es recurrido, conviene señalar



su pertinencia pues se justifica en la mejora de las prestaciones mecánicas y asistenciales de la aeronave.

NOVENO: Se recurre también la cláusula 5.2 del PPT que impone a la adjudicataria la responsabilidad de la instalación y mantenimiento de las bases de operaciones y, en concreto, se alega que es de aplicación analógica el Real Decreto 750/2014, de 5 de septiembre, que regula las actividades aéreas de lucha contra incendios y búsqueda y salvamento y establece los requisitos en materia de aeronavegabilidad y licencias para otras actividades aeronáuticas. En concreto, se solicita que se aplique la siguiente norma:

«TAE.ORO.GEN.215 Requisitos en cuanto a instalaciones.

(a) El operador dispondrá de instalaciones que permitan la realización y gestión de todas las funciones y actividades planificadas de conformidad con los requisitos aplicables.

(b) Cuando el operador realice la actividad contratado por una organización, y las instalaciones sean propiedad y facilitadas por la organización, adicionalmente a las medidas que deban tomarse respecto a la operación, el operador será responsable de trasladar a la organización propietaria las deficiencias que puedan existir en las instalaciones. Será responsabilidad de la organización propietaria la subsanación de dichas deficiencias. En caso de falta de subsanación de deficiencias en las instalaciones, podrá procederse a suspender la utilización de dichas instalaciones para cualquier operador.»

A diferencia del primero de los aspectos del pliego impugnados, que se refiere a una prescripción técnica que obstaculiza la libre competencia, mediante este segundo aspecto impugnado se discute el alcance de la prestación contratada, es decir, la configuración del objeto del contrato, pues se discute la pertinencia de contratar con terceros la prestación de un servicio, como lo es el de mantenimiento de unos inmuebles que se hallan vinculados a la prestación del servicio. A este respecto, se observa que en el expediente se determina con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse



mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas (art. 22.1 TRLCSP). Esta configuración del objeto contractual únicamente tendría un límite, que es el marcado por el art. 25.1 TRLCSP, el cual dispone que:

«1. En los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración.»

La prestación impugnada no es contraria al ordenamiento jurídico, pues no existe norma que impida su prestación por la empresa que realiza el transporte sanitario, y no se puede alegar en este sentido una norma que no es aplicable al servicio que se está contratando, estando habilitado el Órgano de contratación para establecer este pacto en el contrato (en este sentido se expresa la Resolución 364/2015 del Tribunal administrativo Central de Recursos Contractuales).

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43. 2 del TRLCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, el titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la Asociación Española de Compañías Aéreas de Helicópteros y Trabajos Aéreos (AECA HELICÓPTEROS) contra el pliego de prescripciones técnicas que rige el contrato de servicio de transporte y asistencia a emergencias sanitarias con helicóptero, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, declarando la nulidad de la prescripción técnica que limita la antigüedad de la aeronave a 10 años.



SEGUNDO: Levantar la medida cautelar adoptada por este Órgano resolutorio mediante la Resolución B-BN 11/2015, de 9 de junio de 2015 por la que acordó la suspensión del procedimiento de adjudicación del contrato.

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

CUARTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2015eko uztailaren 1a

Vitoria-Gasteiz, 1 de julio de 2015