



Recurso nº 173/2024

Resolución nº 341/2024

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 7 de marzo de 2024.

VISTO el recurso interpuesto por D. D.J.C.A., en representación de la Asociación ATAIRE, contra los pliegos del contrato de “*Servicio con medios aéreos de apoyo a las CC.AA en la extinción de incendios forestales, años 2024, 2025 y 2026*” con expediente referencia 23PFSV207, en procedimiento convocado por la Dirección General de Biodiversidad, Bosques y Desertificación del Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por el órgano de contratación, la Dirección General de Biodiversidad, Bosques y Desertificación del Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, se convocó mediante anuncio y pliegos publicados el 17 de enero de 2024 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 22 de enero de 2024 en el Boletín Oficial del Estado, el procedimiento del contrato de “*Servicio con medios aéreos de apoyo a las CC.AA en la extinción de incendios forestales, años 2024, 2025 y 2026*”, con un valor estimado de 160.992.140,33 euros estando dividido el objeto del contrato en veinte lotes.

Segundo. Contra los pliegos rectores del procedimiento, la Asociación ATAIRE ha interpuesto en fecha 7 de febrero de 2024 el presente recurso especial en materia de contratación, solicitando que se anulen determinando apartados de los pliegos, de acuerdo con los argumentos y motivos alegados.

Tercero. A la licitación ha concurrido una sola empresa.



Cuarto. De conformidad con lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 12 de febrero de 2024.

Quinto. En fecha 14 de febrero de 2024 se acordó por la Secretaria General del Tribunal, actuando por delegación de este, la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, sin que este afecte al plazo de presentación de ofertas, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 de la LCSP, de forma que será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 del citado texto legal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 de la LCSP.

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo en la interposición del recurso, reguladas ex artículos 50 y 51 de la LCSP.

Tercero. Se recurre contra los Pliegos que rigen el contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros, acto que puede ser objeto de recurso especial, conforme a los apartados 1.a) y 2.a) artículo 44 de la LCSP.

Cuarto. La Asociación recurrente está legitimada activamente para la interposición del recurso especial de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP y, en atención a las alegaciones que formula aplicando la doctrina reiterada de este Tribunal en relación a la legitimación de las asociaciones de empresarios, para recurrir los pliegos que rigen una licitación (por todas, Resolución nº 205/2020, de 13 de febrero).

Quinto. Entrando en el fondo del asunto, la recurrente fundamenta su recurso de impugnación de los pliegos rectores en los siguientes motivos:



1.- Error manifiesto en la determinación del precio, con incumplimiento de lo dispuesto en los artículos 100 y 101 de la LCSP, en cuanto a la falta de inclusión del beneficio industrial en la determinación del precio unitario correspondiente a las horas de vuelo. Indeterminación de los días de servicio.

En concreto, afirma lo siguiente:

“(...) el propio órgano de contratación, sí que establece un beneficio industrial del 6% en los días de disponibilidad, pero si analizamos el artículo 101.2 antes citado, es fácil concluir que lo que está proscrito por la LCSP es que en los contratos de servicios existan actividades, como es la actividad de vuelo en este caso, a las cuales el órgano de contratación les niegue beneficio alguno.

(...)

Nadie se opone a que el empresario pueda tomar la decisión de concurrir a una licitación en unas condiciones económicas que conlleven la falta beneficio o la asunción de pérdidas, por diversas circunstancias, siendo una potestad que el empresario ostenta, dada su libertad de elección, pero lo que no puede hacer el órgano de contratación, en las condiciones de los pliegos, es OBLIGAR a los licitadores a renunciar al beneficio si quieren acceder al contrato”.

2.- Establecimiento de condiciones del suministro de combustible a terceros contrarias a la normativa de aplicación.

Señala la asociación recurrente que:

“(...) la responsabilidad del cumplimiento normativo de las bases desde las cuales se pretende operar es del Organismo Contratante o, en su caso, del propietario de las mismas.

Y dentro de estas responsabilidades, se encuentra la de mantener un servicio de abastecimiento de combustible para las aeronaves, ya que es obvio que se necesita combustible en las bases para que las aeronaves puedan volar. Y además se deberá de cumplir la normativa aplicable que no es otra que la Orden TMA/692/2020, de 15 de julio,



por la que se aprueban normas técnicas aplicables al suministro de combustible a aeronaves de aviación civil

Pues si nos centramos en el apartado 8 del PPT 'Dotación de las bases de extinción de incendios', podemos comprobar que dispone lo siguiente:

1) Dispondrá de un depósito de combustible legalizado con una capacidad mínima de 20.000 litros, teniendo siempre, al comienzo de cada jornada, una reserva de combustible no inferior a 8.000 litros, encargándose del suministro de combustible a aquellas aeronaves que estén asignadas para actuar en un incendio forestal o en prácticas o simulacros organizados por el MITECO o por las comunidades autónomas. Esta disponibilidad de suministro abarcará de orto a ocaso durante todos los días en que se requiera por atención a emergencias por incendios forestales.

2) Diariamente, la empresa adjudicataria comunicará al MITECO la cantidad de combustible en el depósito y en cada una de las aeronaves.

3) La responsabilidad y costes asociados a la vigilancia del depósito de combustible correrá por cuenta de la empresa adjudicataria durante la vigencia de la emergencia.

Y es en este punto, donde nos encontramos con un gravísimo problema para las compañías operadoras generado por la exigencia de dar servicio de suministro de combustible a terceros.

Las compañías operadoras de medios aéreos, dado que no son empresas de suministro de combustible (ni al por mayor, ni al por menor) cuentan con una autorización para su suministro propio, pero nunca a terceros.

(...)

Como se puede comprobar, el código HA otorga un tipo de autorización que se contiene en el grupo de Usuarios, NO en el de Actividades Comerciales que es el que daría derecho a comercializar combustible, tal y como se nos exige en el apartado 8.1 del PPT. Por tanto, como norma general, NO SE PUEDE ACEPTAR UNA CONDICION EN EL PLIEGO QUE



ESTÉ EXIGIENDO AL LICITADOR INCUMPLIR LAS CONDICIONES DE SU AUTORIZACION. (...)”

3.- Los pliegos exigen un límite máximo de pilotos y copilotos sin justificación ninguna, invadiendo competencias de la compañía aérea y de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA).

Afirma la recurrente que:

“(...) No tiene sentido que se limite el número de pilotos por base, debiéndose solicitar como única condición que cumplan con los requisitos emanados del RD 750/14. Y lo que tiene menos sentido es que se impongan penalizaciones por no tener piloto, día inoperativo o incompleto, y también por tener más pilotos de los necesarios. ¿Es sancionable darle más soluciones al órgano de contratación? ¿En base a qué criterios ha establecido el número máximo de tripulantes de vuelo por base?

(...) Esto es intentar influir en la organización del operador. Dado que la propia economía de las empresas hace que los cambios a realizar de pilotos y mecánicos sean los mínimos posibles, pero establecer una limitación a este respecto, limita la capacidad organizativa de las compañías, sin ningún beneficio para el servicio a realizar.

En efecto, se debería de anular este requisito dado que el órgano de contratación se extralimita de sus competencias, ya que la organización del personal de la empresa, aparte de residir en el poder de dirección de la empresa, también está fiscalizado por AESA y se ha de cumplir, obligatoriamente, con los periodos de descanso y trabajo que marca la normativa aeronáutica (RD 750/2014 y Anexo 1 de la Circular Operativa 16 B) y con lo que establece la normativa laboral en este caso el RD 1561/1995 de Jornadas Especiales de Trabajo, el Convenio Colectivo del sector y el Estatuto de los Trabajadores. Y no tiene sentido que lo que, conceptualmente, es una mejora, ya que se dispone de más pilotos plenamente capacitados para el servicio, se convierta en un incumplimiento y su consiguiente penalización, como se verá más adelante”.

4.- Se establecen criterios de mantenimiento por encima de los previstos en la normativa aplicable.



“(…) Al respecto, esta parte quiere manifestar que la exigencia de mecánico con licencia Parte 66, categoría B1, con la subcategoría y habilitación correspondiente al tipo de aeronave, es totalmente innecesaria, ya que es en el Manual de Mantenimiento, aprobado por la agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), de cada compañía donde se determinan las diferentes tareas a realizar y el personal autorizado a hacerlas.

Además, parece una contradicción ya que en el primer párrafo del apartado 9.2 se dice ‘...dispondrá igualmente, en cada base, de personal de mantenimiento debidamente cualificado de acuerdo con la normativa aeronáutica vigente...’.

Este párrafo tiene toda la lógica ya que exige que el adjudicatario o la organización de mantenimiento, tenga el programa de mantenimiento y los profesionales con cualificación necesaria que previamente le haya aprobado AESA, a través de los Manuales, en base a la normativa de aplicación, europea o nacional y de acuerdo con el programa de mantenimiento del fabricante, también aprobado por la autoridad aeronáutica de referencia.

Por tanto, el primer párrafo establece un criterio y el segundo viene a enmendar la plana, tanto al fabricante como a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y establece otro sistema o programa de mantenimiento con personal que no es necesario para las tareas a realizar”.

5.- Las penalizaciones son contrarias al principio de proporcionalidad.

Al respecto, la recurrente manifiesta que:

“(…) En lo que se refiere a la penalización contenida en el apartado 29.2.5, referente al nivel mínimo de combustible, es absolutamente desproporcionado e injusto que se pretenda sancionar aún en casos de confluencia masiva de medios aéreos de terceros operadores. Se puede aceptar tener que mantener un nivel mínimo en el desarrollo normal de la actividad, pero en grandes incendios, con decenas de aeronaves repostando, también se va a penalizar al operador, que está habiendo un esfuerzo titánico para mantener la posibilidad de suministro a todas las aeronaves. Entendemos que cuando menos se ha de matizar en que condiciones no se aplicará esta penalización y, dado que esta explicación o matización no se encuentra en ninguno de los documentos de la licitación, ello debe conllevar la anulación de la misma.



En lo que se refiere a la penalización contenida en el apartado 29.2.7, es decir adjudicar a una base más tripulantes (pilotos y copilotos) de los establecidos en el apartado 9.1.del PCAP, manifestar nuestra sorpresa y desconcierto por el establecimiento de una penalización por poner a disposición del órgano de contratación más pilotos de los requeridos, todos ellos perfectamente preparados y cualificados para el desempeño de la misión a realizar. Es decir, se penaliza una mejora de la prestación por parte de la operadora, sin contraprestación, increíble. Conceptualmente es difícil de asimilar y creemos que debería de ser anulada esta penalización, al igual que el límite de pilotos por base, según hemos planteado anteriormente.

Pero, además, es que la penalización en si es absolutamente desproporcionada, ya que si la compañía adjudicatario pone a disposición del órgano de contratación 1 piloto más por base la sanción es del 7,5 % del precio día hasta el final del contrato, es decir no se paga por el día que haya tenido que asistir ese piloto que no estaba asignado a la base y que ha habido que asignar, si no que se paga desde ese día el 7,5% hasta el final del contrato, exactamente dice 'se aplicará una penalidad diaria del 7,5 % del valor de adjudicación del día de disponibilidad, para las bases con una aeronave'

Pero, a continuación, ya se produce algo que realmente para esta parte no tiene ninguna explicación. Si planteamos el mismo caso que el anterior, es decir tener que asignar un piloto más de los contemplados en el pliego a una base, en este caso con dos aeronaves, la penalización sería "del 15 % del valor de adjudicación, para las bases con dos aeronaves.". En las bases con dos aeronaves deberá de haber más pilotos asignados, luego incluir uno nuevo tiene un impacto que será proporcionalmente menor que en el caso de una base con una aeronave y, en cambio, se penaliza con el doble del porcentaje, un15% diario hasta finalización de contrato.

Si hemos tenido a ese piloto, en lo que nosotros entendemos como prestar mejor servicio, 60 días, por ejemplo, en el lote 2 que tiene calculado un coste diario de 4.720 €, resulta que vamos a pagar más de 21.000 euros en las bases de una aeronave y más de 42.000 euros de las bases de dos aeronaves. Teniendo en cuenta que el beneficio que ha calculado el propio MITECO (6% sobre el coste día de disponibilidad) sería de unos 28.000 euros por aeronave, esta penalización supondría un 75% del beneficio bruto. ¿Dónde ha



quedado la proporcionalidad? Máxime cuando se está penalizando poner más pilotos que los requeridos por pliego, lo que viene siendo una mejora se convierte en una penalización. Sorprendente.

En lo que se refiere a la penalización contenida en el apartado 29.2.8, es absolutamente desproporcionada y no tiene ninguna justificación. Y entendemos que no es proporcional ya la cuantía de esta penalización (30.000 €), es superior al beneficio bruto del contrato de un helicóptero de transporte y extinción, lotes 1 al 7 (cuyo precio de mercado para una aeronave usada es de tres millones de euros), es asimismo superior al beneficio de un avión anfíbio, lotes 10 al 13 (cuyo precio de mercado para una aeronave usada es de cuatro millones de euros) y representa el doble del beneficio esperado para un contrato de un avión de carga en tierra lotes 14 al 18 (cuyo precio de mercado para una aeronave usada es de dos millones de euros).

Únicamente en el caso de los helicópteros bombarderos semipesados, lotes 8 y 9 (aeronaves con un coste sobre 12 millones de euros) no sería superior la penalización al beneficio esperado ya que dicha penalización “sólo” supondría un 66 % del beneficio esperado.

Y en lo que se refiere a la penalización contemplada en el apartado 29.2.11, que establece 6.000 euros de multa si el mecánico tarda más de 2 horas en llegar a la base (apartado 9.2 del PPT). Sabiendo que el beneficio neto de un contrato para un avión de carga en tierra es de 15.621,30 euros y, esta penalización representa el 38.50 % de los beneficios esperados del contrato. En ningún caso se puede decir que sea proporcional que llegar tarde (da igual 10 minutos que 10 horas) pueda suponer una sanción de estas características, cuando además se solaparía con otra penalización, casi con total seguridad, que sería la de día de servicio inoperativo o incompleto (apartado 29.2.1 PCAP). (...)

Por su parte, el órgano de contratación en su informe preceptivo, sostiene la conformidad a Derecho de los pliegos impugnados.

Sexto. Comenzando con el primer motivo de impugnación, considera la mercantil recurrente que la configuración del presupuesto base de licitación (PBL) y del valor



estimado (VE) infringe los artículos 100 y 101 de la LCSP, puesto que no incluye el beneficio industrial en la determinación del precio unitario correspondiente a las “horas de vuelo”.

El artículo 100.2 de la LCSP dispone que:

“2. En el momento de elaborarlo, los órganos de contratación cuidarán de que el presupuesto base de licitación sea adecuado a los precios del mercado. A tal efecto, el presupuesto base de licitación se desglosará indicando en el pliego de cláusulas administrativas particulares o documento regulador de la licitación los costes directos e indirectos y otros eventuales gastos calculados para su determinación. (...)”

Por lo que respecta a la determinación del valor estimado del contrato, el artículo 101.2 de la LCSP establece que:

“1. A todos los efectos previstos en esta Ley, el valor estimado de los contratos será determinado como sigue:

a) En el caso de los contratos de obras, suministros y servicios, el órgano de contratación tomará el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según sus estimaciones.

(...)

2. En el cálculo del valor estimado deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes que se deriven de la ejecución material de los servicios, los gastos generales de estructura y el beneficio industrial. (...)”

Asimismo, el artículo 102.3 de la LCSP prevé:

“3. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la



aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados”.

Con carácter previo, procede recordar que conforme a reiterada doctrina de este Tribunal (entre otras, la resolución 782/2015), la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está sometida al principio de discrecionalidad técnica en tanto no quede acreditado que se ha incurrido en un error en la apreciación.

Por lo que respecta a la interpretación del artículo 101.2 de la LCSP, este Tribunal ha señalado en su resolución nº 592/2019, de 30 de mayo, que:

“Dicho precepto no ha sido objeto de desarrollo reglamento, con la excepción concurrente en el contrato de obras, actualmente establecida en el artículo 131 del Reglamento General de la LCAP. Al no haber regulación expresa, con la excepción del contrato de obras, rige el criterio potestativo para el órgano de contratación en el resto de modalidades contractuales (como ocurre en el presente caso, al ser un contrato de suministro). Este Tribunal en su Resolución 159/2016, y también en relación a la misma modalidad contractual, determinó que no es procedente la aplicación del artículo 131 RGLCAP, erigiendo la libertad del órgano de contratación para su fijación fuera de los contratos de obras. Y mucho más recientemente, ha confirmado dicha doctrina en su resolución 827/2018, de 24 de septiembre, y la ha llevado al extremo en su Resolución 1144/2018, de 17 de diciembre, donde en un contrato de servicios, la estimación de gastos generales era tan sólo del 0,68%: ‘el recurrente considera infringido el artículo 131 del RGLCAP, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en el cálculo de los gastos generales, ya que censura que esta partida ha sido dotada con una cuantía de 5.479,20 €, lo que supone un 0,68% del importe obtenido del cálculo de los costes derivados del contrato, a su entender: 19 veces inferior a lo que se indica en el Reglamento. En primer lugar, cabe indicar sobre la aplicación del artículo 131 del RGLCAP, que como el propio precepto indica está referido a los contratos de obras y no a los de servicios, por lo que la horquilla de los porcentajes que establece no son de aplicación en el contrato que nos ocupa. En efecto, en los contratos de servicios, no existe norma expresa que establezca los conceptos que deba contener el presupuesto base de licitación, a semejanza de lo que determinan los artículos 130 y 131, del Reglamento General de la Ley de Contratos de las



Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, que regulan el cálculo de los precios de las distintas unidades de obra y el presupuesto de ejecución material y presupuesto base de licitación, en el cual se integra un porcentaje de gastos generales y otro en concepto de beneficio industrial. El precio de mercado no deja de ser un concepto jurídico indeterminado que debe ser respetado por el presupuesto base de licitación. Uno de los componentes de este último es la partida correspondiente a los gastos generales que se caracteriza por la dificultad de su concreción. No existiendo norma alguna que exija un determinado porcentaje de gastos generales en los contratos de servicios, este motivo de recurso debe ser desestimado’.

De esta doctrina consolidada de este Tribunal se infiere que es no aplicable por analogía al resto de modalidades contractuales, el contenido del artículo 131 del Reglamento General de la LCAP, para el contrato de obras”.

Pues bien, partiendo de la anterior doctrina —conforme a la cual el artículo 101.2 de la LCSP sólo exige que en el cálculo del valor estimado se incluya los gastos generales de estructura y el beneficio industrial—, dicha previsión ha sido debidamente cumplida en el expediente que se analiza, puesto que el beneficio industrial se recoge en el valor estimado del contrato y, lo cierto es que el precepto que se entiende impugnado no exige que el beneficio industrial se determine en todas las partidas en las que se desglosa el PBL.

En efecto, no resultando aplicable a los contratos de servicios las prescripciones del artículo 131 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, el artículo 197 de la misma norma reglamentaria —al referirse al sistema de determinación del precio— solo recoge la toma en consideración de los gastos generales y del beneficio industrial al referirse a la determinación del precio por administración, y nada prescribe en el sistema de determinación por precios unitarios; señala el referido precepto que:

“A efectos de la aplicación del artículo 202.2 de la Ley se entenderá:

(...)



b) *Por precios unitarios, los correspondientes a las unidades en que se descomponga la prestación, de manera que la valoración total se efectúe aplicando los precios de estas unidades al número de las ejecutadas.*

c) *Por administración, el precio calculado en relación con el coste directo o indirecto de las unidades empleadas, incrementado en un porcentaje o cantidad alzada para atender a los gastos generales y el beneficio industrial del contratista.*

d) *Por tarifas, la tabla o escala de precios para la valoración de los trabajos”.*

Así las cosas, asiste la razón al órgano de contratación cuando en su informe preceptivo afirma que:

“Sentado lo anterior, el cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala que el precio del contrato se formula en base a precios unitarios, componiéndose todos los lotes de dos conceptos:

- Día de disponibilidad*
- Hora de vuelo*

De acuerdo con la memoria justificativa, el concepto ‘día de disponibilidad’ incluye ‘los costes de amortización de las aeronaves, seguros (casco, tripulaciones y ocupantes, responsabilidad civil, etc.), salarios de tripulaciones y mecánicos, gastos de alojamiento y manutención de personal, alquiler y/o mantenimiento de instalaciones y equipos, costes de formación de tripulaciones, parte de los costes de mantenimiento, etc. A dichos costes se suma un 17% en concepto de gastos generales y un 6% en concepto de beneficio industrial’.

Por otro lado, el concepto ‘hora de vuelo’ incluye ‘los costes de combustible, mantenimiento en línea y base, desgaste y depreciación de componentes rotables (incluyendo célula, motor y componentes principales), consumibles y repuestos varios. A dichos costes se suma un 17 % en concepto de gastos generales, no incluyéndose ningún beneficio



industrial en este concepto, con la finalidad de evitar que los beneficios de las empresas estén ligados a la existencia de incendios forestales’.

ATAIRE cuestiona que el concepto ‘hora de vuelo’ no incluya ningún tipo de beneficio industrial.

A este respecto, se ha de señalar que esto es así en todos los contratos licitados por este Ministerio en los últimos años, como la propia asociación debe conocer, y que, además, es práctica habitual en los contratos públicos el hecho de que haya partes del presupuesto que no incluyan el beneficio industrial, como ocurre, por ejemplo, en las partidas a justificar mediante presentación de facturas.

No se debe olvidar, adicionalmente, que el porcentaje de gastos generales seleccionado se corresponde con la horquilla superior del rango fijado para contratos de obras”.

De otro lado, por lo que respecta a la indeterminación de los días de servicio que también esgrime la recurrente como motivo impugnatorio, la cláusula 22.2 del PCAP dispone que:

“22.2. PLAZO MÁXIMO DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO

☒ Según lote:

Desde el 1 de junio de 2024, o desde el día siguiente a la formalización del contrato en el caso de que esta formalización sea posterior a esa fecha, hasta el 30 de noviembre de 2026.

Sin perjuicio de lo anterior, los periodos de ejecución del servicio se compondrán de un periodo de ejecución mínima, de ejecución obligatoria para la Administración y el contratista, y de un periodo de ejecución opcional, que será definido por la Administración según el riesgo de incendio.

Los días de ejecución mínima establecido en el pliego de prescripciones técnicas serán obligatorios para la Administración y el contratista, siempre y cuando se cumplan las



siguientes condiciones para cada Lote (los códigos identificativos de cada medio aéreo están reflejados en el apartado 2 del pliego de prescripciones técnicas):

Lote 1

1. Helicóptero 1A: ejecución continuada desde la formalización del contrato, salvo 30 días consecutivos por anualidad, no pudiendo en cualquier caso superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

2. Helicópteros 1B, 1C, 1D: 122 días de ejecución mínima consecutiva, por cada helicóptero, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 2

1. Helicóptero 2A: los periodos de ejecución mínima se estructuran de la siguiente manera:

- 122 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre*
- 60 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de enero y el 31 de mayo no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.*

2. Helicópteros 2B, 2C, 2D: 122 días de ejecución mínima consecutiva, por cada helicóptero, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 3

1. Helicóptero 3A: los periodos de ejecución mínima se estructuran de la siguiente manera:

- 122 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre*
- 60 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de enero y el 31 de mayo no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.*



2. Helicópteros 3B, 3C, 3D: 122 días de ejecución mínima consecutiva, por cada helicóptero, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 4

1. Helicóptero 4A: los periodos de ejecución mínima se estructuran de la siguiente manera:

- 122 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre*
- 60 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de enero y el 31 de mayo no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.*

2. Helicópteros 4B, 4C, 4D: 122 días de ejecución mínima consecutiva, por cada helicóptero, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 5

1. Helicóptero 5A (Pinofranqueado): los periodos de ejecución mínima se estructuran de la siguiente manera:

- 122 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre*
- 60 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de enero y el 31 de mayo no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.*

2. Helicóptero 5D (Ruente y Caravaca): los periodos de ejecución mínima se estructuran de la siguiente manera:

- 122 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre (base de Caravaca)*



- 60 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de enero y el 31 de mayo (base de Riente) no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

3. Helicópteros 5B y 5C: 122 días de ejecución mínima consecutiva, por cada helicóptero, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 6

1. Helicópteros 6A y 6B: 122 días de ejecución mínima consecutiva, por cada helicóptero, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 7

1. Helicóptero 7A: los periodos de ejecución mínima se estructuran de la siguiente manera:

- 122 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre

- 60 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de enero y el 31 de mayo no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

2. Helicóptero 7B: 122 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 8

1. Helicóptero 8A: los periodos de ejecución mínima se estructuran de la siguiente manera:

- 150 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre

- 90 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de enero y el 31 de mayo no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 9

1. Helicóptero 9A: 112 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 10

1. Aviones 10A y 10B: 122 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 11

1. Aviones 11A y 11B: 122 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de

octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 12

1. Avión 12A: ejecución continuada desde la formalización del contrato, salvo 30 días consecutivos por anualidad, no pudiendo en cualquier caso superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión

2. Avión 12B: 122 días de ejecución mínima consecutiva, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 13

1. Aviones 13A y 13B: los periodos de ejecución mínima se estructuran, para cada avión, de la siguiente manera:



- 122 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de junio y el 31 de octubre
- 60 días de ejecución mínima consecutiva entre el 1 de enero y el 31 de mayo no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 14

1. Aviones 14A y 14B: 102 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 15

1. Aviones 15A y 15B: 102 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 16

1. Aviones 16A y 16B: 102 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 17

1. Avión 17A: 102 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 18

1. Avión 18A: 102 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.



Lote 19

1. Avión 19A: 102 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Lote 20

1. Avión 20A: 102 días de ejecución mínima consecutiva, por cada avión, entre el 1 de junio y el 31 de octubre, no pudiendo superarse el presupuesto máximo comprometido para la anualidad en cuestión.

Se admite reducción del plazo de ejecución que no supone criterio de adjudicación: NO APLICA”.

Por su parte, el apartado 2.1 del pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) establece los periodos de ejecución mínima obligatoria.

Pues bien, la determinación los periodos de ejecución mínima obligatoria para ambas partes, y de un periodo de ejecución opcional, definido por el órgano de contratación según el riesgo de incendio, resulta conforme con la normativa de contratación y, en concreto, con lo preceptuado en la Disposición Adicional 33ª de la LCSP, cuando establece:

“1.En los contratos de suministros y de servicios que tramiten las Administraciones Públicas y demás entidades del sector público con presupuesto limitativo, en los cuales el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes o a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario, sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración, deberá aprobarse un presupuesto máximo”.

Es por ello que asiste la razón al órgano de contratación en su informe preceptivo cuando señala que:

“Por otro lado, ATAIRE muestra su disconformidad con lo que define como ‘indeterminación de los días de servicio’, no siendo este extremo cierto, porque tanto el cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares, apartado 22.2, como el pliego de prescripciones técnicas, apartado 2.1., definen unos días de ejecución mínima, de obligado cumplimiento para el órgano de contratación, circunstancia que no se había incluido en pliegos anteriores, como puede comprobarse consultando expedientes de contratación similares.

Debe tenerse en cuenta, que la ley de contratos, en su disposición adicional trigésima tercera ‘Contratos de suministros y servicios en función de las necesidades’, consagra la posibilidad de que la Administración contrate servicios “sin que el número total de entregas o prestaciones incluidas en el objeto del contrato se defina con exactitud al tiempo de celebrar este, por estar subordinadas las mismas a las necesidades de la Administración”.

En el caso que nos ocupa, los pliegos prevén un número mínimo de días de ejecución obligatoria y consecutiva; y, adicionalmente una serie de días de ejecución opcional, a criterio de la Administración, según sus necesidades, basadas fundamentalmente en la situación de riesgo de incendio existente en cada momento.

A la vista de lo anterior, este órgano de contratación no solo no ve ninguna prescripción contraria a la normativa en vigor, sino una mejora en las condiciones de contratación, definiendo unos días de ejecución obligatoria, por lo que se reduce sensiblemente el riesgo de las empresas a la hora de formular sus ofertas, en comparación con contratos anteriores, en los que no se definían estos días de ejecución mínima, como ya se ha indicado”.

Por tanto, procede la desestimación del recurso en estos concretos motivos impugnatorios.

Séptimo. A continuación, procede analizar la alegación relativa al establecimiento de condiciones respecto del suministro de combustible a terceros que la recurrente considera contraria a lo dispuesto en la normativa aplicable; en especial, a efectos fiscales por lo que respecta a la imposición sobre hidrocarburos.

Señala el órgano de contratación en su informe preceptivo:

“(…) En primer lugar, se debe señalar que la cuestión trasladada por el operador es de aplicación únicamente a los aeródromos de uso restringido, en los cuales el gestor aeronáutico es la Comunidad Autónoma correspondiente, y las operaciones de transporte aéreo comercial están prohibidas; permitiéndose únicamente las de extinción de incendios forestales y sus simulacros y prácticas, así como otras operaciones de emergencia vinculadas con los servicios de salvamento y rescate, medicalizados, o los helicópteros de operación militar. Se debe remarcar que el MITECO no es, en la actualidad, el gestor aeronáutico de ninguno de los aeródromos de uso restringido en los que opera.

En los aeropuertos comerciales, el gestor aeronáutico presta, mediante contrata, el servicio de abastecimiento de combustible para todas las aeronaves que operan en el mismo, incluidas las de extinción de incendios.

En cambio, en los aeródromos de uso restringido a la extinción de incendios forestales (bases de incendios, de aquí en adelante), el abastecimiento de combustible es prestado habitualmente por la empresa operadora del medio aéreo adscrito a dicha base (empresa operadora, en adelante), formando parte de sus obligaciones contractuales con la Administración que le contrata (Administración contratante, en adelante).

Desde luego, no se está trasladando a los contratistas ‘la responsabilidad del cumplimiento normativo de las bases desde las cuales se pretende operar’, como cuestiona ATAIRE.

Tanto la Administración contratante como el gestor aeronáutico de la base tienen potestad de autoorganización, decidiendo si las funciones, responsabilidades y servicios de su competencia los presta con sus propios medios, mediante encargo a medios propios, o bien mediante contratación pública con empresas.

Es práctica habitual que la Administración contratante, en coordinación con el gestor aeronáutico, exija, mediante su inclusión en las prescripciones del pliego que rige el contrato, a la empresa operadora encargarse del abastecimiento de combustible de la aeronave contratada, lo cual, en el caso particular que nos ocupa, se retribuye mediante el concepto presupuestario ‘hora de vuelo’.



Adicionalmente, y en atención al deber de colaboración en emergencias recogido en la legislación vigente, con el fin de garantizar una actuación lo más rápida y eficaz, se exige, mediante su inclusión en las prescripciones del pliego que rige el contrato, a la empresa operadora a suministrar combustible a aquellas otras aeronaves que lo necesitaran como consecuencia de su intervención en la extinción de incendios forestales.

Sin embargo, ATAIRE considera que el suministro a otras aeronaves no es posible, en primer lugar, porque las empresas del sector no cuentan con la correspondiente autorización administrativa de venta a terceros; y, en segundo lugar, por incumplimiento de la normativa tributaria en materia de impuestos especiales.

En este sentido, no debe olvidarse que el adjudicatario puede subcontratar, total o parcialmente (cuando fuera necesario), el servicio de aprovisionamiento de combustible a las empresas especializadas, que sí tienen autorización para suministrar (vender) combustible a terceros, si entendiéndose que no puede prestar directamente los servicios contemplados en el contrato. Debe recordarse que la subcontratación está permitida según lo establecido en el apartado 27 del cuadro de características del pliego de cláusulas administrativas particulares.

No obstante, en el caso que no se contemple la subcontratación por parte del adjudicatario, la cesión de combustible entre empresas aeronáuticas es legal a juicio de este órgano de contratación, en base al deber de colaboración en emergencias recogido en las leyes referidas anteriormente.

Adicionalmente, este órgano de contratación entiende, y así lo reflejó por escrito en la Plataforma de Contratación del Estado ante la pregunta de un licitador, que ‘Si, como consecuencia de ese suministro, el contratista incurre en algún coste que no puede ser reclamado a las empresas correspondientes por imposibilidad legal acreditada, la normativa de régimen jurídico del sector público prevé mecanismos para su resarcimiento en su caso’.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que la situación recíproca también se puede producir, es decir, que el contratista reposte, por razón de actuación en incendio, en una base distinta

de la suya, y en la que no se le repercuta, al menos con carácter inmediato, el coste del combustible repostado por la empresa suministradora.

La conjunción de estas dos situaciones también podría enmarcarse, a juicio de este órgano de contratación, dentro del principio de riesgo y ventura en la ejecución de los contratos públicos, recogido en el artículo 197 de la ley 9/2017, de contratos del sector público.

A mayor abundamiento, el apartado 4 del artículo 101 del Real Decreto 1165/1995, de 7 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Impuestos Especiales, promulga lo siguiente: 'Cuando los carburantes para navegación sean entregados por los obligados tributarios a titulares de aeronaves que habitualmente utilicen instalaciones privadas para su despegue y aterrizaje, los titulares de tales aeronaves deberán ser previamente autorizados, por las oficinas gestoras correspondientes a tales instalaciones, para recibir los carburantes con exención del impuesto. La oficina gestora expedirá, en su caso, la tarjeta de inscripción en el registro territorial que formaliza la autorización, que deberá presentarse al suministrador del carburante. Los citados titulares deberán llevar la contabilidad necesaria a efectos de justificar el destino dado a los carburantes adquiridos con exención del impuesto. En supuestos de fuerza mayor, el carburante recibido podrá ser cedido a otros titulares de aeronaves también autorizados que utilicen instalaciones privadas.

El titular de la aeronave cedente deberá comunicarlo a la oficina gestora en un plazo máximo de 48 horas'.

Considerando la extinción de un incendio forestal causa de fuerza mayor, la operativa es lícita.

Adicionalmente, se debe señalar que el suministro de combustible a aeronaves ajenas a la empresa operadora tiene un carácter puntual, asociado a un número muy reducido de días a lo largo del año; estando vinculado, con carácter general, a episodios excepcionales de incendios forestales, como fue el incendio de Navalacruz (Ávila), en agosto de 2021, o el excepcional episodio de grandes incendios forestales simultáneos de julio de 2022, el peor de los últimos 30 años.

Conforme a la estadística de actuación de los helicópteros de transporte de brigadas habitualmente contratados por MITECO, en las últimas 3 campañas de verano (122 días de ejecución de servicio por campaña), el nº medio de días en que repostaron aeronaves ajenas a las de la empresa operadora de la base, en cada base, fue del 2,3% en 2021, 4,67% en 2022 y 1,97% en 2023. Adicionalmente, se debe destacar que en más de la mitad de los días antes considerados repostó solo una aeronave ajena a la empresa operadora.

Por otra parte, la concentración máxima de aeronaves ajenas a la empresa operadora fue de aeronaves en una misma base y día, cifra muy lejana a las 'decenas de aeronaves' aludidas por ATAIRE, puesto que las bases de incendios tienen unas capacidades máximas de operación que no pueden ser superadas.

Finalmente, el nº de repostajes vinculados a simulacros y prácticas de extinción de incendios forestales es prácticamente nulo en el periodo 2021-2023 (...)

Corresponde, en este punto, reproducir el apartado 8.1 del PPT que exactamente regula:

"8. DOTACIÓN DE LAS BASES DE EXTINCIÓN DE INCENDIOS (común a todos los lotes)

Será responsabilidad del adjudicatario proporcionar todos los medios necesarios que permitan la planificación y ejecución de todas las tareas relacionadas con la operación.

En el caso de operación en aeródromos de uso restringido, así como en aquellas otras bases en las que el MITECO, en coordinación con el gestor aeronáutico de la infraestructura, así lo determine, el adjudicatario cumplirá las siguientes condiciones:

1) Dispondrá de un depósito de combustible legalizado con una capacidad mínima de 20.000 litros, teniendo siempre, al comienzo de cada jornada, una reserva de combustible no inferior a 8.000 litros, encargándose del suministro de combustible a aquellas aeronaves que estén asignadas para actuar en un incendio forestal o en prácticas o simulacros organizados por el MITECO o por las comunidades autónomas.

Esta disponibilidad de suministro abarcará de orto a ocaso durante todos los días en que se requiera por atención a emergencias por incendios forestales (...)



Sentado lo anterior, el tenor de la regla impugnada —y recién transcrita— se compadece mal con la normativa sobre protección civil y sobre impuestos especiales, que el órgano de contratación postula como sustento legal para imponer al contratista la obligación de suministrar combustible a empresas que no operen en la respectiva base; en efecto, el artículo 7 bis de la Ley 17/2015, de 9 de julio, del Sistema Nacional de Protección Civil establece el deber general de colaboración en ese ámbito a ciudadanos y personas jurídicas, disponiendo su apartado 2º que: *“(e)n los casos de emergencia, cualquier persona, a partir de la mayoría de edad, estará obligada a la realización de las prestaciones personales que exijan las autoridades competentes en materia de protección civil, sin derecho a indemnización por esta causa, y al cumplimiento de las órdenes e instrucciones, generales o particulares, que aquellas establezcan”,* y añadiendo el 3º que: *“(c)uando la naturaleza de las emergencias lo haga necesario, las autoridades competentes en materia de protección civil podrán proceder a la requisita temporal de todo tipo de bienes, así como a la intervención u ocupación transitoria de los que sean necesarios y, en su caso, a la suspensión de actividades. Quienes como consecuencia de estas actuaciones sufran perjuicios en sus bienes y servicios, tendrán derecho a ser indemnizados de acuerdo con lo dispuesto en las leyes”.*

Y en cuanto al artículo 101.4 del Real Decreto 1165/1995, que el órgano de contratación reproduce en su informe al recurso, cabe decir que alude a la cesión de combustible a otros operadores aéreos en instalaciones privadas y ante supuestos de fuerza mayor. Así las cosas, además de que aquí se trata de aeródromos de uso restringido y no de tales instalaciones, en este punto, debe traerse a colación la Resolución 639/2015, de 10 de julio, de este Tribunal, en la que —con cita de Jurisprudencia del Tribunal Supremo— se razona: *“(…) como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 16 de febrero de 1999 (RJ 1999, 1622) ‘la fuerza mayor, como tantas veces hemos declarado, no sólo exige que obedezca a un acontecimiento que sea imprevisible e inevitable, como el caso fortuito, sino también que tenga su origen en una fuerza irresistible extraña al ámbito de actuación del agente’ (sentencias, entre otras, 31 de mayo de 1999 [RJ 1991, 5014], de 26 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1795], 6 de febrero de 1996 [RJ 1996, 2038], 18 de diciembre de 1995 [RJ 1995, 9408], 30 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6818], 11 de septiembre de 1995 [RJ 1995, 6423], 11 de julio de 1995 [RJ 1995, 5632], 3 de noviembre de 1988 [RJ 1988, 8628], 10 de noviembre de 1987 [RJ 1987, 8120] y 4 de marzo de 1983 [RJ 1983, 1502])”.*

Asimismo, procede referir que la Resolución nº 719/2021, de 17 de junio, deslinda el concepto de fuerza mayor del caso fortuito, tras extractar el tenor del artículo 239 de la LCSP, de la siguiente manera: *“Se considera ampliamente que los conceptos de fuerza mayor y caso fortuito implican, como ha dicho Jurisprudencia constante de nuestro TS (p ej, por todas, la TS, Sala de lo Civil, nº S/S, de 31/05/2006, Rec. 2968/1999), que el hecho causante del incumplimiento ha de ser, además de imprevisible, inevitable e irresistible; diferenciándose uno y otro concepto en que el suceso acaezca fuera del ámbito de control del obligado (fuerza mayor), o en el interno (caso fortuito)”*.

Pues bien, en atención al objeto contractual, debe convenirse —con la parte actora— que en el supuesto aquí planteado las notas de imprevisibilidad, inevitabilidad e irrestibilidad no concurren por cuanto que aquél persigue proporcionar medios aéreos a la Administración para la extinción de incendios forestales, lo que impide que las situaciones a evitar o paliar mediante el presente contrato incurran en el concepto de fuerza mayor, y desmonta la tesis del órgano de contratación de ampararse en el aludido precepto del Reglamento de Impuestos Especiales. Tampoco se encuentra, ni en los pliegos ni en el resto de la documentación contractual, sino en el informe del citado órgano al recurso, la razón por la que —partiendo de que el objeto del contrato ya se desenvuelve *per se* en una clara situación de emergencia como son los incendios forestales— podrían tener cabida, ante casos excepcionales de incendios o la simultaneidad de diversos de proporciones considerables, sus pretensiones de que la contratista pueda llegar a suministrar combustible a compañías que operen desde otras bases, como parecen distinguir los apartados 2º y 3º del artículo 7 bis de la citada Ley 17/2015, de haberse justificado así debidamente en el expediente de contratación, máxime cuando la regla impugnada no sólo alude a los propios incendios sino que también recoge los supuestos de prácticas o simulacros.

En consecuencia, procede acoger este motivo de recurso y anular el apartado 8.1 del PPT, ordenando retrotraer el procedimiento al momento anterior a la confección de los pliegos para que éstos vuelvan —en su caso— a redactarse según lo aquí razonado.

Octavo. Procede abordar el análisis conjunto de dos de los motivos de impugnación que realiza la recurrente: 1) el establecimiento de un número máximo de pilotos y copilotos



(apartado 9.1 del PPT) sin ninguna justificación; 2) la imposición de criterios de mantenimiento de las bases (apartado 9.2 del PPT) por encima de los previstos en la normativa aplicable.

Debe comenzarse recordando que la doctrina es unánime en considerar que corresponde al órgano de contratación la decisión motivada sobre la configuración del objeto del contrato.

Este Tribunal en la Resolución 220/2017, de 24 de febrero, con cita de la Resolución 250/2015, de 23 de marzo, y de la Resolución 756/2014, afirmaba:

“(...) pues bien, debe tenerse presente (...) lo dispuesto en los artículos 86 y 117.2 del TRLCSP, con arreglo a los cuales el contrato debe ajustarse a los objetivos que la Administración contratante persigue para la consecución de sus fines, correspondiendo a ésta apreciar las necesidades a satisfacer con el contrato y siendo la determinación del objeto del contrato una facultad discrecional de la misma, sometida a la justificación de la necesidad de la contratación y a las limitaciones de los artículos 22 y 86 del TRLCSP. Por ello, como ha reconocido este Tribunal en las Resoluciones, 156/2013, de 18 de abril y 194/2013, de 23 de mayo, la pretensión de la recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él (Resolución 756/2014, de 15 de octubre)”.

En este mismo sentido, debe traerse a colación la Resolución número 1509/2019, de 26 de diciembre, donde se razonaba:

“De acuerdo con el texto del citado precepto, al órgano de contratación se le encomienda la facultad de decidir discrecionalmente sobre la forma de velar por los intereses públicos, y con ello de configurar libremente cuál va a ser el objeto del contrato a licitar y sus prestaciones. Es más, la discrecionalidad legal de la que goza el órgano de contratación, se extiende también a la facultad de definir y determinar los criterios técnicos a consignar en los pliegos. Citábamos en nuestras Resoluciones 609/2015, 688/2015, 699/2015 y 834/2015, la Resolución 548/2014, de 18 de julio, (fundamento octavo), donde decíamos a

su vez 'que debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse'.

Corresponde, en definitiva, al órgano de contratación, definir el interés público a satisfacer con el contrato a licitar, fijar su objeto, así como los requisitos técnicos que han de exigirse para su correcta ejecución (Resolución 548/2015). La definición del objeto del contrato, decíamos en la Resolución 468/2018, de 11 de mayo, constituye una facultad discrecional, y por ello, se insiste: 'la pretensión del recurrente no puede sustituir a la voluntad de la Administración en cuanto a la configuración del objeto del contrato y a la manera de alcanzar la satisfacción de los fines que la Administración pretende con él'".

En consecuencia, se ha de concluir conforme a la doctrina expuesta que la facultad que le corresponde al órgano de contratación es discrecional y no puede tener más límite que aquél que le impone la LCSP.

Partiendo de lo anterior, este Tribunal, tras el examen de las posturas de las partes, concluye que las prescripciones cuestionadas no incurren en infracción de la normativa de contratación, disponiendo el órgano de contratación de un amplio margen de discrecionalidad para definir los requisitos técnicos de la prestación contratada, pues es quien mejor conoce las necesidades que se pretenden cubrir, habiendo quedado debidamente justificado de forma objetiva y razonable la idoneidad de las prescripciones impugnadas para cubrir las necesidades objeto del contrato.

En efecto, por lo que respecta al establecimiento de un número máximo de pilotos y copilotos que prescribe el apartado 9.1 del PPT, resulta razonable y coherente con el objeto del contrato en atención a la justificación que ofrece el órgano de contratación cuando afirma:

"(...) Cabe señalar que el nº máximo de pilotos autorizados para el servicio se ha definido con un amplio margen, respecto de los mínimos necesarios para la prestación del servicio, con el fin de contemplar las posibles eventualidades que pueden suscitarse durante la ejecución del contrato, y, adicionalmente, debe tenerse en cuenta, además, que las penalidades asociadas por incumplimiento de este límite son de aplicación únicamente por causas imputables al contratista.

La justificación de este requisito técnico reside en la necesidad de contar con profesionales que conozcan el entorno operacional de la base habitual de operación, con el fin de mejorar la calidad de la prestación del servicio y la propia seguridad operacional, habida cuenta de que alrededor del 50 %6 de las horas de vuelo en incendio de los distintos medios que contrata MITECO tiene lugar dentro de la provincia en que se radica la base habitual de operaciones. Ese conocimiento del entorno operacional es mucho más difícil de conseguir cuando la rotación de personal es excesiva. (...)”

Dicha prescripción técnica no resulta contraria al principio de igualdad ni supone la creación de obstáculos injustificados a la competencia —límites impuestos en el artículo 126 de la LCSP al establecimiento de las prescripciones técnicas, pudiendo ser ofrecida por todas las empresas interesadas en la licitación—, y en atención a la justificación ofrecida queda acreditado que dichas condiciones no resultan arbitrarias o irracionales.

A la misma conclusión llega este Tribunal por lo que respecta a las condiciones de mantenimiento exigidas en el apartado 9.2 del PPT, siendo indudable que el órgano de contratación puede exigir mayores requisitos que los prescritos en la normativa aplicable, a fin de alcanzar las necesidades que pretende cumplir con la contratación, asumiendo este Tribunal la razonabilidad de la justificación ofrecida por el citado órgano cuando señala que:

«Concretamente, ATAIRE critica la exigencia de disponer diariamente en las bases de prestación del servicio de un mecánico con licencia aeronáutica B1 y habilitación correspondiente al tipo de aeronave adscrita al servicio, según lo indicado en el apartado 9.2. del pliego de prescripciones técnicas para los lotes 1-9, que se corresponden con servicios de contratación de helicópteros de extinción de incendios forestales.

Este órgano de contratación considera este requisito necesario para asegurar una calidad alta en la prestación del servicio, puesto que la disponibilidad de un mecánico con estas características asegura una atención más rápida de las eventuales averías o revisiones de mantenimiento que surjan durante la prestación del servicio. Debe tenerse en cuenta que, en el caso de los helicópteros con las características y prestaciones de los que se contratan, los manuales de mantenimiento exigen la realización de revisiones cada 25 ó 50

horas de vuelo, no pudiendo preverse el momento de la ocurrencia de los incendios forestales y por tanto la necesidad de mantenimiento de las aeronaves y en qué día van a tener que ejecutarse dichas revisiones. En el caso de las averías, esta circunstancia de imprevisibilidad es aún más clara.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la ratio de inoperatividades por hora de vuelo de los helicópteros es muy superior a la de los aviones, lo cual refuerza la justificación de contar, en el caso de helicópteros, con mecánicos con licencia y habilitación en las bases de prestación del servicio, a diferencia del caso de aviones, en el que se exige únicamente la presencia en base de un auxiliar de mecánico.

Todo lo anterior justifica la necesidad de disponer de un mecánico con licencia y habilitación en las bases de prestación del servicio, mecánico que, además, tiene la capacidad de ser transportado en el propio helicóptero en el caso de actuaciones en incendio lejos de la base habitual de operación.

ATAIRE afirma que este órgano de contratación vulnera el principio de jerarquía normativa, al considerar que se invaden las competencias de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea y las de la Agencia Europea de Seguridad Aérea. A este respecto, se debe recordar lo ya señalado por el TACRC en diversas resoluciones. Como ejemplo, se transcribe un fragmento de la 1147/2021, que cita a su vez la 33/2018 (que a su vez hace referencia a la 934/2015, todas ellas formuladas por la misma persona jurídica):

“En punto a lo primero (supuesta vulneración por los pliegos del principio de jerarquía normativa), este Tribunal, en la Resolución 934/2015, de 9 de octubre, desestimó una argumentación similar formulada por la AECA HELICÓPTEROS, indicando lo siguiente: ‘Por la recurrente se argumenta que la inclusión en el Pliego de condiciones a cumplimentar por las aeronaves que no se exigen en la legislación vigente o la imposición al licitador de obligaciones accesorias a las exigidas por la normativa vigente al operador aéreo supone vulneración de normativa de rango superior y, por ende, nulidad de pleno derecho. Como ya se indicó en la Resolución de este Tribunal al recurso 262/2015, el planteamiento introductorio que se hace del recurso no puede ser acogido en términos generales, pues no tiene en cuenta el alcance y finalidad de un PCAP o un PPT, que no es otro que el de

regular los requisitos que han de regir la licitación, en el caso de los Pliegos de Cláusulas Administrativas, o los requisitos técnicos de la prestación objeto del contrato, en el caso del PPT.

Así, y en un sentido teórico y previo al examen de las cuestiones controvertidas, no puede admitirse que si el PCAP impone a los licitadores una obligación accesorio a la exigida por la legislación sectorial para el ejercicio de una actividad, el PCAP deba declararse nulo por exigir una obligación en contra de la Ley. El PCAP definirá las obligaciones y requisitos a cumplimentar por los licitadores en los términos (razonables y no arbitrarios) que el órgano de contratación considere necesarios para una buena prestación del servicio. Pero la inclusión de un requisito suplementario no exigido legalmente no puede traducirse en la invalidez del Pliego por vulneración del principio de jerarquía normativa, pues no es su función regular los requisitos para operar válidamente en un sector determinado'.

En conclusión, los pliegos de prescripciones técnicas tienen como misión únicamente regular las condiciones de calidad de prestación del servicio que contrata el MITECO, correspondiendo a la Agencia Estatal de Seguridad Aérea velar por el cumplimiento de los requisitos normativos establecidos, tratándose de ámbitos de actuación diferentes».

En suma, partiendo de ambas justificaciones, este Tribunal considera que la determinación de las prescripciones cuestionadas se encuentra dentro del ámbito de la discrecionalidad técnica que exclusivamente compete al órgano de contratación, a fin de dar cumplimiento de manera satisfactoria el objeto del contrato, sin que a juicio de este Tribunal resulten irrazonables y desproporcionadas, ni se aprecia infracción de ordenamiento jurídico, ni patente error o desviación de poder, por lo que procede la desestimación del recurso en este concreto motivo.

Noveno. Por lo que respecta al motivo impugnatorio referido a la supuesta desproporción de varias de las penalidades tipificadas en los pliegos, conculcando lo dispuesto en el artículo 192.1 de la LCSP, procede transcribir lo dispuesto en el citado precepto:

“1. Los pliegos o el documento descriptivo podrán prever penalidades para el caso de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o de las condiciones especiales de ejecución del

contrato que se hubiesen establecido conforme al apartado 2 del artículo 76 y al apartado 1 del artículo 202. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 por cien del precio del contrato”.

Según se ha dicho, la recurrente alega vulneración del artículo 192 de la LCSP, por falta de proporcionalidad de las siguientes penalidades:

- *“29.2.5. Incumplimiento de la reserva mínima de combustible: 1.000 € por cada día de incumplimiento de la reserva mínima de combustible definida en el pliego de prescripciones técnicas, en el caso de aeródromos de uso restringido”.*
- *“29.2.7 Superación del límite máximo pilotos asignados por base: A partir del día en el que se supere el nº máximo de pilotos asignados por base definido en el pliego de prescripciones técnicas, apartado 9.1., se aplicará una penalidad diaria del 7,5 % del valor de adjudicación del día de disponibilidad, para las bases con una aeronave, y del 15 % del valor de adjudicación, para las bases con dos aeronaves”.*
- *“29.2.8. Incumplimiento requerimientos de información por MITECO: 30.000 € por el incumplimiento reiterado (tres requerimientos sin contestación en un plazo de 5 días naturales cada uno de ellos) de los requerimientos de información realizados por el MITECO”.*
- *“29.2.11 Incumplimiento de requisitos específicos de personal de mantenimiento mecánico: Por cada día de incumplimiento de lo establecido en el apartado 9.2. ‘Personal para mantenimiento mecánico’ del pliego de Página 56 de 60 prescripciones técnicas, se aplicará una penalidad diaria del 7,5 % del valor de adjudicación del día de disponibilidad, para las bases con una aeronave, y del 15 % del valor de adjudicación, para las bases con dos aeronaves, con la excepción del incumplimiento del tiempo de respuesta máximo del mecánico con licencia B1, exigido para los lotes 10-20 (párrafo tercero del apartado 9.2), para el que se aplicará una penalidad de 6.000 € por incumplimiento”.*



En su informe preceptivo, el órgano de contratación, expone la justificación que ampara el establecimiento de cada una de ellas en los siguientes términos:

“En relación con la penalidad 29.2.5 ‘Incumplimiento de la reserva mínima de combustible’, el contratista entiende que ‘cuando menos se ha de matizar en qué condiciones no se aplicará esta penalización y, dado que esta explicación o matización no se encuentra en ninguno de los documentos de la licitación, ello debe conllevar la anulación de la misma.’ Sin embargo, como se ha mencionado anteriormente, todas las penalidades son aplicables únicamente por causas imputables al contratista, por lo que, en caso de incumplimiento, el órgano de contratación analizará caso por caso el grado de imputabilidad del contratista.

En relación con la penalidad 29.2.7 ‘Superación del límite máximo de pilotos asignados por base’, ya se ha señalado que la justificación de este requisito técnico reside en la necesidad de contar con profesionales que conozcan el entorno operacional de la base habitual de trabajo, con el fin de mejorar la calidad de la prestación del servicio y la propia seguridad operacional. Por tanto, este órgano de contratación considera adecuado técnicamente y proporcionado definir una penalidad específica para estos incumplimientos.

Adicionalmente, el contratista cuestiona la cuantía de la penalidad propuesta, considerando que el importe debería ser el mismo para bases de 1 aeronave y para bases de 2 aeronaves. Sin embargo, ATAIRE yerra en su valoración, porque el porcentaje de penalidad se define por día de disponibilidad de un helicóptero, de forma que se garantiza la proporcionalidad de la penalidad.

De otro modo, sería menos gravoso para el contratista el incumplimiento en bases de 2 aeronaves.

Por ejemplo, si el valor de adjudicación del día de disponibilidad de una aeronave es de 4.000 €/día, la facturación diaria en bases de 1 aeronave sería de 4.000 €, mientras que en bases de 2 aeronaves sería de 8.000 €. En caso de incumplimiento del nº máximo de pilotos, se aplicaría una penalidad del 7,5% de 4.000 € en la base de 1 aeronave (i.e. 300 €/día) y del 15% de 4.000 € en la base de 2 aeronaves (es decir, del 7,5% de 8.000 €, 600 €/día, 300 € por cada helicóptero, cantidad idéntica a las bases de 1 aeronave).



En relación con la penalidad 29.2.8 'Incumplimiento requerimientos de información por MITECO', ATAIRE cuestiona su proporcionalidad al tener el mismo valor para todos los lotes. En este caso, se ha decidido fijar una cuantía única para todos los lotes por las características del incumplimiento, así como por su especial gravedad, entendiendo que dicha cuantía no debe estar vinculada al precio del contrato.

En relación con la penalidad 29.2.11 'Incumplimiento de requisitos específicos de personal de mantenimiento mecánico', ATAIRE alega nuevamente falta de proporcionalidad. A juicio de este órgano de contratación, se considera que la penalidad es proporcional, al aplicarse un porcentaje o importe constante por cada día de incumplimiento."

Pues bien, atendiendo a lo dispuesto en los anteriores fundamentos y con base en la justificación ofrecida por el órgano de contratación, entiende este Tribunal que las referidas penalidades están vinculadas al objeto del contrato y son proporcionales en atención a la gravedad que ocasiona a la prestación del servicio, encontrándose dentro de los límites que permite la LCSP, por lo que el recurso ha de decaer también en este punto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA:**

Primero. Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. D.J.C.A., en representación de la Asociación ATAIRE, contra los pliegos del contrato de "Servicio con medios aéreos de apoyo a las CC.AA en la extinción de incendios forestales, años 2024, 2025 y 2026" con expediente referencia 23PFSV207, en procedimiento convocado por la Dirección General de Biodiversidad, Bosques y Desertificación del Ministerio para la Transición Ecológica y Reto Demográfico, conforme a lo expuesto en el Fundamento de Derecho Séptimo de la presente Resolución.

Segundo. Levantar la medida cautelar de suspensión del procedimiento, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1.f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES