



**Recurso nº 104/2016**

**Resolución nº 206/2016**

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

En Madrid, 18 de marzo de 2016

**VISTO** el recurso interpuesto el 12 de febrero de 2016 por D. O. M. A. en nombre y representación de la sociedad mercantil INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL S.L.U (en adelante y abreviadamente ITE), y D F. S. G. en nombre y representación de la sociedad mercantil DEIMOS SPACE S.L y ambas como integrantes de la UTE "ITE -DEIMOS", por medio del cual impugna el acuerdo de adjudicación dictado el 25 de enero de 2016 del contrato de servicios denominado: *"Prestación de servicios de ingeniería para alcanzar y mantener la certificación de aeronavegabilidad de la aeronaves del Ejército de Tierra"*, expediente: 2 0911 15 0037 00, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** El Ministerio de Defensa (Ejército de Tierra, a través de su Jefatura de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico, en adelante JAEMALE), convocó mediante anuncio publicado en el BOE nº 125 de 26 de mayo, así como en la Plataforma de Contratación del Sector Público, el 12 de mayo de 2015, la licitación del contrato de servicios denominado: *"Prestación de servicios de ingeniería para alcanzar y mantener la certificación de aeronavegabilidad de la aeronaves del Ejército de Tierra"*, expediente: 2 0911 15 0037 00", procedimiento negociado con publicidad y tramitación ordinaria, con un valor estimado del contrato de ocho millones novecientos ochenta mil euros (8.980.000 €) y un plazo hasta el 30 de diciembre de 2018, susceptible de prórroga por dos años.

**Segundo.** El procedimiento de adjudicación se rige por la Ley 24/2011 de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad así como por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 3/2011 de 14 de noviembre (TRLCSPP) y el Real Decreto 817/2009 de 8 de mayo que desarrolla parcialmente la



Ley de Contratos del Sector Público, tratándose de un contrato administrativo de servicios sujeto a regulación armonizada conforme a los arts. 2, 3 y 5 a) de la Ley 24/2011.

**Tercero.** Mediante escrito presentado el 12 de febrero de 2016 en el Registro General de este Tribunal, D. O. M. A. en nombre y representación de la sociedad mercantil INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL S.L.U (en adelante y abreviadamente ITE), y D. F. S. G. en nombre y representación de la sociedad mercantil DEIMOS SPACE S.L y ambas como integrantes de la UTE "ITE -DEIMOS", interponen recurso especial en materia de contratación, contra el Acuerdo dictado el 25 de enero de 2016 por el que se comunica la no adjudicación del contrato de referencia a la UTE recurrente, los motivos de tal decisión y la adjudicación del contrato a la oferta de la empresa: *"UTE AIRBUS HELICOPTERS ESPAÑA-RODRISER INDUSTRIA AERONÁUTICA ESPAÑOLA"*. El citado acuerdo fue publicado el 27 de enero de 2016 en la Plataforma de contratación el 27 de enero, no constando la fecha de notificación al recurrente.

**Cuarto.** El recurso interpuesto fue precedido del anuncio previo previsto en el artículo 44.1 del TRLCSP.

**Quinto.** El Jefe de Asuntos Económicos del Mando de Apoyo Logístico, en su calidad de órgano de contratación, el 18 de febrero de 2016, acordó remitir al Tribunal el expediente administrativo así como el informe previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP. Dicho informe era favorable a desestimar el recurso y mantener la adjudicación.

**Sexto.** La Secretaría del Tribunal comunicó a los restantes interesados la existencia del recurso conforme a lo dispuesto en el art. 46.3 del TRLCSP, no habiéndose presentado alegaciones.

**Séptimo.** Interpuesto el recurso, con fecha 18 de febrero de 2016, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se acordaba el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del TRLCSP.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO.**



**Primero.** La competencia para conocer de este recurso corresponde a este Tribunal de conformidad con el apartado cuarto del artículo 41.1 del TRLCSP y el artículo 59.2 de Ley 24/2011 de 1 de agosto, de Contratos del Sector Público en los ámbitos de la Defensa y la Seguridad.

**Segundo.** Las recurrentes, UTE ITE-DEIMOS, están legitimadas al haber presentado una propuesta en la licitación, como miembros integrantes de una UTE, por lo que debe reconocerse el derecho o interés legítimo para recurrir previsto en el artículo 42 del TRLCSP.

**Tercero.** El acto que es objeto de recurso es formalmente el acuerdo que comunica la no adjudicación del contrato al recurrente a pesar de ser su oferta la más ventajosa, por no haber acreditado en el plazo conferido a tal efecto la disponibilidad de los medios comprometidos para la ejecución del contrato, así como la adjudicación del contrato a otra empresa, solicitando el recurrente que (sic) *se anule la adjudicación y se retrotraiga el procedimiento al momento anterior a la exclusión de su oferta, para que se proceda a su valoración y se adjudique entonces el contrato a la proposición más ventajosa.*

**Cuarto.** De conformidad con los artículos 40.2.c) y 40.1.a) del TRLCSP así como los artículos 5 y 59 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad, el acuerdo de adjudicación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada es susceptible de recurrirse mediante el recurso especial en materia de contratación.

**Quinto.** El recurso cumple todos los requisitos previstos en el artículo 44.4 del TRLCSP. En cuanto al plazo para recurrir, presentado el recurso el 12 de febrero de 2015 en el Registro General de este Tribunal, consta en el expediente el intento de notificación y la publicación el 27 de enero de 2015 del acuerdo objeto de recurso, por lo que el recurso se interpone en plazo previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

**Sexto.** En lo que respecta al fondo del asunto, la resolución del recurso requiere realizar una serie de consideraciones previas antes del análisis del contenido concreto de la resolución impugnada y de las actuaciones que le preceden.



Procede recordar que en la licitación de referencia recayó un previo pronunciamiento de este Tribunal: la Resolución nº 929 de 9 de octubre de 2015, que estimó el recurso interpuesto por INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL S.L.U, contra la exclusión de la oferta presentada por la UTE en la que ese recurrente se integraba. En ese caso se examinó el requisito que motivó la exclusión que consistía en la falta de acreditación por parte de la UTE licitadora de la obtención de la habilitación necesaria para emitir los certificados de aeronavegabilidad previstos en la normativa de aplicación (el Real Decreto 2218/2004, de 26 de noviembre, que aprueba el Reglamento de Aeronavegabilidad de la Defensa, actualmente derogado por el Real Decreto 866/2015, de 2 de octubre, en adelante RAD). Ciertamente el objeto del contrato objeto de licitación conlleva la emisión de determinados certificados de aeronavegabilidad previstos en la normativa citada y para ello es preciso contar con la habilitación otorgada por la actualmente denominada "Autoridad de Aeronavegabilidad de la Defensa" (que se identifica por el art. 4 del RD 866/2015, con el Director General de Armamento y Material, en adelante: DGAM). Pues bien, este Tribunal analizó que la obtención de la habilitación requerida se encuentra regulada por un procedimiento a resolver por el DGAM, procedimiento que aunque ni siquiera se menciona en los Pliegos, constaba en el expediente identificado como *procedimiento HIA/PROG/GT/001/06*, que a su vez contemplaba como requisito para la obtención de la habilitación, determinados condicionantes que contradicen abiertamente el principio de concurrencia propio de la contratación del sector público, ya que además de requisitos como ser Ingeniero Aeronáutico o acreditar una determinada experiencia profesional se exigen otros que implican una restricción injustificada de la libre competencia, de la libertad de acceso a las licitaciones y del principio de igualdad de trato de los licitadores dado que dicha habilitación solo se otorga a Ingenieros Aeronáuticos que pertenezcan a algún Cuerpo de la Administración, o bien que estén vinculados con la Administración por algún tipo de relación contractual, requisito que se considera cumplido si el ingeniero se integra o pertenece a una empresa que mantiene un contrato administrativo con la Administración. En dicha resolución se concluyó que esa habilitación no constituía un requisito de solvencia, (razón por la que no fue procedente la exclusión del licitador), pues de hecho el órgano de contratación aceptó la solvencia de la UTE y apreció el defecto de la falta de la habilitación requerida para emitir certificados de aeronavegabilidad conforme al RAD, al examinar el compromiso de medios personales y materiales previsto en la cláusula 11 C 3 del PCAP, compromiso establecido conforme al art. 64 del TRLCSP. Por esta razón se indicó que la acreditación de dicho



compromiso quedaba diferida al momento ulterior de la adjudicación conforme a la interpretación que hace este Tribunal de los arts. 64 y 151.2 del TRLCSP, y que solo una vez decidida la oferta más ventajosa cabrá exigir del licitador clasificado en primer lugar la acreditación del citado requisito de disponer de los medios comprometidos con la habilitación legalmente necesaria para ejecutar el contrato, junto con los demás documentos exigibles.

Ahora bien, esa exigencia de acreditar los medios personales y materiales comprometidos no puede conducir a mantener un obstáculo inconciliable con los principios que inspiran la contratación del sector público. Si como se ha dicho antes la obtención de la habilitación prevista en el RAD exige mantener una relación contractual con la Administración, el hecho de que el órgano de contratación requiera antes de la adjudicación del contrato acreditar tal habilitación, implica que se está primando injustificadamente a la-s empresa-s que presten actualmente el servicio incurriendo en un vicio de nulidad según el art. 32 d) del TRLCSP que sanciona a *todas aquellas disposiciones, actos o resoluciones emanadas de cualquier órgano de las Administraciones Públicas que otorguen, de forma directa o indirecta, ventajas a las empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración.*

Por otra parte, según el art. 27 del TRLCSP, en la actualidad, la perfección del contrato se alcanza con su formalización, no con su adjudicación. En consecuencia, una propuesta de adjudicación no puede equivaler a la existencia de un contrato con la Administración Pública por lo que la UTE propuesta como adjudicataria tampoco podría en este momento del procedimiento de licitación procurarse la habilitación prevista en el RAD, siempre que además cumpla los restantes requisitos sustantivos para su obtención. Por tanto, exigir disponer de la citada habilitación además de los medios materiales y personales comprometidos con anterioridad a la adjudicación coloca a la UTE en la misma situación que cuando por esa misma causa fue indebidamente excluida.

Como también se indicó en la precedente Resolución dictada por este Tribunal en este procedimiento de licitación, con cita de la Resolución nº 131/2015: *“las exigencias del órgano de contratación sobre disponibilidad de medios ofertados plasmadas en los pliegos deben reconducirse a los supuestos establecidos en el TRLCSP, que no son sino los expuestos: o la disponibilidad es una condición exigible al adjudicatario antes de la celebración del contrato (que puede llevar a que éste no llegue a celebrarse); o se configura como una obligación de ejecución*



*esencial o no (que puede llevar a resolver el contrato o imponer penalidades); o bien, constituye un requisito de solvencia técnica”.*

En el presente caso, el PCAP configura el incumplimiento del compromiso de adscripción de medios personales y materiales (en los que habrá que verificar la concurrencia de las habilitaciones legales exigidas para la prestación del servicio contratado) como una causa de resolución del contrato, tal como se desprende de la lectura de la cláusula 11 C 3 del PCAP que tras remitirse al art 64 del TRLCSP, considera el compromiso como obligación contractual esencial, y añade que, *su incumplimiento podrá constituir causa de resolución del contrato, según lo previsto en los artículos 212 y 223 del TRLCSP y la cláusula 33 del presente PCAP, o ser causa de imposición de penalidades.*

Expuesto lo anterior cabe concluir, sobre la acreditación por la UTE recurrente propuesta como adjudicataria, de la disponibilidad por parte de su personal de la habilitación para firmar certificaciones de aeronavegabilidad (que a su vez serán expedidas por la AAD: Autoridad de Aeronavegabilidad de la Defensa, previstas en el RAD, v.gr. art 40 del RD 866/2015), que para su obtención, a) debe acreditar mantener una relación contractual con la Administración y b) que por otra parte no mantiene dicha relación contractual porque el órgano de contratación decide no adjudicarle (y no formalizar el contrato a cuya licitación ha concurrido), por no disponer los medios personales ofertados de la citada habilitación (además de los que exige en este momento, cuestión que se analizará con posterioridad). La salida de este círculo vicioso pasa por el respeto de los principios que rigen la contratación del sector público, tal como se ha indicado, rechazando cualquier actuación que implique una situación de ventaja a empresas que mantengan una previa relación contractual con la Administración lo que conduce a declarar la improcedencia de exigir antes de la formalización del contrato la disponibilidad de la citada habilitación, máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso que su configuración como obligación de carácter esencial permite la resolución del contrato, (tal como el propio PCAP en la cláusula 11 C 3 prevé), en el caso de que solventado el requisito de mantener una relación contractual con la Administración, merced al presente contrato, no pudiera obtener la UTE adjudicataria dicha habilitación por incumplimiento de otros requisitos sustantivos.

El recurso plantea además una segunda cuestión, ya que el acuerdo impugnado se encuentra precedido y propiciado por un requerimiento que el órgano de contratación realiza a la UTE



clasificada en primer lugar, al amparo de lo dispuesto en el art. 151.2 del TRLCSP, requerimiento en el que se excede el ámbito propio de dicho precepto e incluso el ámbito que la estructura de la presente licitación permite, ya que se ha previsto un Acuerdo marco inicial y posteriormente la adjudicación de los concretos contratos de servicios en función de las necesidades de la Administración.

En efecto, de conformidad con las cláusulas 2 y 7 del PCAP, y la normativa que en ellos se cita, el adjudicatario de ese procedimiento formalizará un Acuerdo Marco, a partir del cual y a medida que las necesidades del Ministerio de Defensa lo requieran se procederá a formalizar los concretos contratos para la prestación del servicio contratado en cada uno de ellos y conforme a las prescripciones técnicas previstas en el PPT. En la citada cláusula 7 del PCAP se prevé la existencia de dos momentos en los que la empresa mejor valorada en el procedimiento de licitación ha de presentar determinada documentación: para la formalización del Acuerdo Marco y para la de los contratos derivados de aquel. Así, para formalizar alguno de éstos últimos deberá aportar: a) justificación documental de la vigencia de su aptitud y capacidad para contratar así como de su solvencia financiera, económica y técnica, presentando para ello los documentos de la cláusula 15 y cuantos otros se le requieran para el contrato en particular, b) oferta actualizada de precios y c) garantía definitiva para ese contrato. Sin embargo para la adjudicación y posterior formalización del Acuerdo marco, la citada cláusula 7 prosigue indicando que de conformidad con lo dispuesto en el art. 32 de la LCSPDS (Ley 24/2011 de 1 de agosto), se requerirá en el plazo de 10 días al propuesto como adjudicatario para que presente: a) documentación justificativa de hallarse al corriente de pago en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, b) disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o a adscribir, a la ejecución del contrato conforme al art. 64 TRLCSP y c) haber efectuado el reintegro de las cantidades satisfechas para el anuncio de la licitación en el BOE.

Pues bien, tal como consta en el expediente, el órgano de contratación lejos de solicitar conforme a lo previsto en el PCAP disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o a adscribir, a la ejecución del contrato en su propia oferta, lo que requirió al propuesto como adjudicatario es un número concreto de ingenieros con una habilitación determinada en vigor ( la necesaria para firmar certificaciones previstas en el art. 40 del RAD) y para cada uno de los diversos grupos de aeronaves que se estimaron necesarios, y



además disponer del número de ingenieros necesarios para cumplir con lo establecido en el PPT.

Con este requerimiento el órgano de contratación actuó de forma contraria a derecho pues se extralimita respecto de lo exigible en el PCAP, en el art. 32 de la LCSPDS (Ley 24/2011 de 1 de agosto) o en el art. 151.2 del TRLCSP en relación con el art. 64.2 de dicho texto. En efecto, por un parte solo puede requerir justificación sobre los medios personales y técnicos que el licitador incluyó en su oferta y no otros pues eso es lo que permite tanto el PCAP como los preceptos reseñados. Pero es que además la necesidad de concretar los medios necesarios para cada contrato, el propio PCAP la difiere para un momento ulterior al adjudicar cada uno de los contratos derivados del acuerdo marco, en función de las necesidades para las que se promueve el concreto contrato derivado (o en su caso contratos derivados si es que se promueven varios simultáneamente) y además conforme a lo previsto en el PPT cuya cláusula 2.1.3 dispone en diversos epígrafes el personal con el que debe contar en su plantilla el contratista (epígrafe R. 47) y la posibilidad de ampliarlo o reducirlo a petición de la COMSE, (es decir de la Comisión de Seguimiento del Contrato) en función de la evolución de las necesidades que deban atenderse. Por tanto es con cada contrato derivado del acuerdo marco o con la suma de los que se formalicen, con los que se concreta el volumen de la plantilla que debe prestarse para atender el servicio. Hasta ese momento el personal ofrecido por el contratista debe cumplir las exigencias que en el epígrafe R.51 se dispone, en el que no se indica para el momento de la oferta por ejemplo un número determinado de ingenieros aeronáuticos. Por último, también contradice el requerimiento las exigencias de la normativa de contratos del sector público cuando además requiere que los medios personales que exige deban contar en ese momento, o en el plazo de 10 días, con la habilitación técnica prevista en el RAD para la firma de certificados de aeronavegabilidad, cuando, como se ha explicado antes, el licitador propuesto como adjudicatario todavía no ha suscrito el contrato con la Administración, que es requisito sine qua non para obtener dicha habilitación en condiciones de igualdad con otra empresa que preste servicios ya para la propia Administración. En este sentido el propio recurrente informó a la Administración requirente que había solicitado a la AAD o DGAM la habilitación técnica precisa manifestando que era propuesto como adjudicatario u oferta más ventajosa de un contrato con el Ministerio de Defensa, pero que todavía no se había formalizado, y que el DGAM les había informado que sería necesaria la existencia de un contrato. Transcurridos los diez días del



requerimiento el DGAM no había resuelto la solicitud de habilitación, ni en la actualidad consta en el expediente que haya sido resuelta.

Tal como ha tenido ocasión de señalar este Tribunal en la Resolución nº 008/2011 de 2 de febrero: *"partiendo de la idea básica de que la regulación de los contratos públicos, ante todo debe garantizar la libre concurrencia de las empresas, tanto la Directiva como, en consecuencia, la Ley de Contratos del Sector Público, admiten la posibilidad de exigencia de títulos habilitantes para el ejercicio de actividades y que éstos sean requisito para poder contratar con un poder adjudicador. Pero este requisito, en la medida en que constituye una limitación al principio de libre concurrencia debe ser interpretado de forma restrictiva."*

En consecuencia, la contravención por la resolución impugnada de los principios y disposiciones de la normativa de contratos del sector público, tal como se ha expuesto conduce a la estimación del recurso y a la anulación de aquel acuerdo aunque sus consecuencias concretas serán distintas de las expresamente incluidas en el suplico del recurso, en el que se aprecia el error material consistente en haber reproducido el suplico de otro recurso precedente. En el presente caso la anulación implica retrotraer el procedimiento al momento del requerimiento previsto en la cláusula 7 del PCAP, así como en el art. 32 de la LCSPDS (Ley 24/2011 de 1 de agosto) o en el art. 151.2 del TRLCSP en relación con el art. 64.2 de dicho texto, para que respecto del Acuerdo Marco se acredite por el recurrente en el plazo de diez días disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido para dedicar o para adscribir, a la ejecución del contrato conforme a su propia oferta, y no de otros distintos, sin que sea exigible en este momento del procedimiento o antes de la formalización del Acuerdo marco la acreditación de la habilitación requerida para emitir certificados de aeronavegabilidad conforme al RAD, y sin perjuicio de que esta habilitación sea exigible para la ejecución de cada contrato siendo su falta causa de resolución del contrato.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación

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



**Primero.** Estimar el recurso interpuesto por D. O. M. A. en nombre y representación de la sociedad mercantil INTEGRACIÓN TECNOLÓGICA EMPRESARIAL S.L.U, y D F. S. G. en nombre y representación de la sociedad mercantil DEIMOS SPACE S.L y ambas como integrantes de la UTE "ITE -DEIMOS", por medio del cual impugna el acuerdo de adjudicación dictado el 25 de enero de 2016 del contrato de servicios denominado: *"Prestación de servicios de ingeniería para alcanzar y mantener la certificación de aeronavegabilidad de la aeronaves del Ejército de Tierra"*, expediente: 2 0911 15 0037 00, quedando sin efecto la referida adjudicación, retrotrayendo el procedimiento al momento en el que se formula el requerimiento previsto en la cláusula 7 del PCAP, y en el art. 32 de la LCSPDS, para que respecto del Acuerdo Marco se acredite por el recurrente en el plazo de diez días disponer de la documentación justificativa de hallarse al corriente de pago en el cumplimiento de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, y disponer efectivamente de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o a adscribir, a la ejecución del contrato conforme al art. 64 TRLCSP y conforme a su propia oferta, y no de otros distintos, sin que sea exigible en este momento del procedimiento o antes de la formalización del Acuerdo marco la acreditación de la habilitación requerida para emitir certificados de aeronavegabilidad conforme al RAD, y sin perjuicio de que esta habilitación sea exigible para la ejecución de cada contrato siendo su falta causa de resolución del contrato.

**Segundo.** Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente al de 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.