



Recurso nº 1212/2018 C.A. Illes Balears 87/2018

Resolución nº 1203/2018

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

En Madrid, a 28 de diciembre de 2018.

VISTO el recurso interpuesto por D. S. E.V. R., en nombre y representación de la empresa BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de adjudicación del contrato de "*Servicio de transporte sanitario aéreo en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*", con expediente SSCC PN 328/17, convocado por el Servicio de Salud de las Illes Balears, el Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 10 de noviembre de 2017 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio de licitación del contrato de Servicio de transporte sanitario aéreo en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, cuyo valor estimado es de 38.295.000 euros, y cuya adjudicación se sometió al procedimiento negociado sin publicidad, con tramitación urgente.

Segundo. Los Pliegos aplicables al referido contrato fueron recurridos por la Asociación Española de Compañías Aéreas de Helicópteros y Trabajos Aéreos (AECA HELICÓPTEROS), estimando este Tribunal parcialmente el recurso en la Resolución 33/2018, de 12 de enero. En concreto, dicha Resolución estimó los motivos de recurso relativos a la falta de indicación en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) de la ponderación atribuida a los criterios de adjudicación, y a la exigencia del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) de contar, como condición de acceso a la licitación, con determinadas instalaciones en los aeropuertos cuyo cumplimiento no dependía de los licitadores, sino de las autorizaciones que en su caso conceda el gestor aeroportuario al adjudicatario.



El órgano de contratación acordó la retroacción del procedimiento de contratación, aprobando unos nuevos pliegos ajustados a los pronunciamientos de la Resolución 33/2018.

Tercero. Previos los trámites procedimentales oportunos, el 29 de julio de 2018 el órgano de contratación adjudicó el referido contrato a la UTE HABOCK AVIATION EMS BALEAR (en lo sucesivo, HABOCK).

Cuarto. La resolución de adjudicación fue recurrida ante este Tribunal por la empresa BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA, S.A.U. (en adelante, BABCOCK), cuyo recurso fue desestimado por Resolución 823/2018, de 24 de septiembre de 2018.

Quinto. La formalización del contrato tuvo lugar el 1 de octubre de 2018, publicándose en la Plataforma de Contratación del Sector Público el día 30 de octubre de 2018.

Sexto. El 21 de noviembre de 2018 D^a S. E.V. R., en nombre y representación de la empresa BABCOCK, interpuso recurso especial en materia de contratación contra el documento de formalización del referido contrato.

El recurso especial se fundamenta, en síntesis, en los siguientes motivos:

1. El acto de formalización constituye, a juicio de la recurrente, el elemento final de una serie de actuaciones que ponen de relieve que el órgano de contratación empleó la tramitación urgente del expediente y el procedimiento negociado sin publicidad en fraude de ley, a los solos efectos de beneficiar a la UTE adjudicataria y de eludir la utilización de un procedimiento abierto, con manifiesto fraude de derecho.

Señala la recurrente, a estos efectos, que la urgencia se declaró el 12 de septiembre de 2017, y que hasta diciembre de 2018 (un año y dos meses después) no se prevé la iniciación de la prestación del servicio por la UTE adjudicataria. Considera BABCOCK que la Administración contratante no ha reducido los plazos de la licitación y de la adjudicación, tal y como establece el artículo 112 del TRLCSP, y que ha alargado *contra legem* los plazos de la tramitación del procedimiento de urgencia con el único objetivo de beneficiar a uno de los licitadores, la UTE adjudicataria, y ello porque ésta no dispone de



los medios personales y materiales necesarios para la prestación del servicio, retrasando por ello deliberadamente el órgano de contratación la tramitación de un procedimiento que declaró urgente.

Considera la recurrente que con dicha actuación el órgano de contratación ha vulnerado el principio de igualdad entre los licitadores.

2. Añade que la tramitación de urgencia del procedimiento, en la práctica no responde a ese concepto, porque en ningún momento se ha puesto en peligro la continuidad del servicio público objeto del contrato, dado que el día 9 de enero de 2018 BABCOCK, que es la actual adjudicataria del contrato, manifestó, a requerimiento del órgano de contratación (escrito de 28 de diciembre de 2017, documento nº 5 de los que se anexan al recurso), su voluntad de seguir prestando el servicio durante el tiempo necesario hasta la adjudicación del nuevo contrato (documento nº 6 de los que acompañan al recurso).

3. A juicio de la recurrente, abunda en la fraudulenta aplicación del procedimiento negociado por el trámite de urgencia la pretendida negativa de la UTE adjudicataria a la subrogación de los trabajadores prevista en el PCAP, discrepancia documentada en el acta de 7 de noviembre de 2018, que anexa como documento nº 4 a su recurso. Entiende que se ha generado un debate acerca de la obligatoriedad de una subrogación prevista en los pliegos con el único fin de ganar el mayor plazo posible hasta la efectiva asunción del servicio por la UTE adjudicataria.

4. La empresa recurrente sostiene también que se ha producido una modificación ilegal del contrato contraria al artículo 205 de la LCSP pues, tras la adjudicación, se ha previsto en el documento de formalización contractual un plazo para el inicio de la prestación del servicio que excede del plazo máximo de 15 días establecido en los casos de tramitación urgente en el artículo 112 del TRLCSP, al indicarse que el contrato *“tendrá una vigencia de cuarenta y ocho meses, desde las 00:00 horas del día 1 de diciembre de 2018 hasta las 24: horas del 30 de noviembre de 2022”*, previsión que, a su entender, también evidencia la ausencia de una urgencia real en la contratación.



Sostiene que la modificación del plazo de inicio de la ejecución del contrato a través del acto de formalización evidencia un cambio de estatus del contrato que constituye, a su parecer, una modificación sustancial no prevista en el PCAP contraria a los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia, y que impugna al amparo del artículo 44.2.d) de la LCSP.

Séptimo. Con fecha de 27 de noviembre de 2018 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación, con un informe en el que se opone a la admisión del recurso por considerar que éste tiene por objeto un acto, la formalización del contrato, que no es susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Octavo. Con fecha de 30 de noviembre de 2018 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, acordó la denegación de la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación (artículos 49 y 56 de la LCSP).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares el 29 de noviembre de 2012, publicado en el BOE el 10 de diciembre de 2012

Segundo. Hay que entender que concurre en la empresa recurrente la legitimación exigida en el artículo 48 de la LCSP.

Tercero. La presente impugnación se refiere a un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada y susceptible de recurso especial conforme al artículo 40.1.a) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Cuarto. El objeto del presente recurso es doble, pues se impugna, por una parte, el documento de formalización del contrato y, por otra, una supuesta modificación contractual contraria al artículo 205 de la LCSP. Se examinará seguidamente la



admisibilidad de cada uno de estos dos objetos de recurso, que se habrían impugnado dentro del plazo de 15 días establecido en el artículo 50 de la LCSP.

A) Impugnación de la formalización del contrato.

La resolución de formalización del contrato no es un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación.

Como se indicó en la Resolución 69/2017, de 1 de marzo, los actos susceptibles de recurso son sólo los enumerados a tal efecto en la Ley, y los que razonablemente puedan asimilarse a ellos: *“Procede examinar en primer lugar la procedencia del recurso especial en relación con el acto recurrido, teniendo en cuenta que su carácter especial determina precisamente que no pueda interponerse en relación con todos los contratos, ni con todos los actos que puedan dictarse en un procedimiento de licitación sino tan solo contra los enumerados en el artículo 40 del TRLCSP y aquellos otros que les sean asimilables”*. A este último respecto, se indicaba que *“En concreto los Tribunales de recurso especial han venido considerando asimilables al acto de adjudicación los actos de renuncia a la celebración del contrato y desistimiento del procedimiento de adjudicación, y las declaraciones de desierto de una licitación en tanto se configura como el trasunto de la adjudicación en el caso de que no exista ninguna oferta admisible”*. Y, en la citada Resolución 69/2017, se consideró impugnable la declaración de no formalización del contrato, pues la misma *“debe considerarse como un acto de trámite que impide al recurrente no ya continuar, sino culminar el procedimiento de licitación ya que dicha actuación de carácter formal, aunque de evidente calado sustantivo, es habilitante de la ejecución del contrato y por tanto dota de auténtica eficacia a la adjudicación”*.

No ocurre lo mismo con el acto de formalización del contrato. Ni el TRLCSP ni la LCSP mencionan este supuesto al enumerar los actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, ni el mismo resulta asimilable a ninguno de los supuestos que expresamente enumera la Ley. Así, el artículo 40.2 del TRLCSP disponía, a este respecto, lo siguiente:

“2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos:



a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Se considerarán actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.

(...)”.

En consecuencia, el legislador sólo consideró recurrible, en lo que ahora interesa, el acto de adjudicación –en cuanto declaración administrativa que decide de forma definitiva la persona física o jurídica a la que se encarga la ejecución del contrato licitado–, y determinados actos de trámite cualificados entre los que no cabe entender incluida la formalización, pues la misma no decide directa o indirectamente sobre la adjudicación, sino que documenta lo en ella acordado, dando lugar a la perfección del contrato (artículo 36.1 de la LCSP).

Por su parte, el vigente artículo 44.2 de la LCSP amplía la relación de actos susceptibles de recurso especial en materia de contratación, pero mantiene, en lo que aquí interesa, el recurso contra los acuerdos de adjudicación (sin mencionar los acuerdos o documentos de formalización del contrato), al disponer que:

“2. Podrán ser objeto del recurso las siguientes actuaciones:

a) Los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad



de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149.

c) Los acuerdos de adjudicación.

d) Las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación.

e) La formalización de encargos a medios propios en los casos en que estos no cumplan los requisitos legales.

f) Los acuerdos de rescate de concesiones”.

En definitiva, es el acuerdo de adjudicación (y no el posterior documento de formalización del contrato) el acto definitivo de resolución de la licitación que la Ley ha considerado susceptible de recurso especial en materia de contratación, previendo el legislador que la subsiguiente formalización (por la que se documenta lo ya resuelto en el acuerdo de adjudicación) no pueda adoptarse hasta transcurridos quince días hábiles desde la remisión de la resolución de adjudicación a los licitadores (artículo 153.3 de la LCSP), y ello precisamente porque tal es el plazo legalmente previsto para la eventual interposición de eventuales recursos especiales contra el acuerdo de adjudicación. Por ese mismo motivo el artículo 39.1.d) de la LCSP califica como causa de nulidad de derecho administrativo la inobservancia, por el órgano de contratación, del plazo establecido para la formalización (si se dan las circunstancias indicadas en dicho precepto) pues, se insiste, sólo la adjudicación es susceptible de recurso especial, y hasta que no transcurra el plazo para la interposición de dicho recurso no cabe proceder a la formalización, contra la que no se contempla la interposición de recurso.



Ante la claridad del texto legal, no puede admitirse una doble opción de recurso (contra la resolución de adjudicación, y contra el posterior documento de formalización del contrato), pues, como se ha indicado, sólo es legamente admisible el recurso contra los acuerdos de adjudicación, siendo así que la empresa recurrente ya interpuso en su día recurso especial contra la resolución de adjudicación del presente contrato, que fue íntegramente desestimado por este Tribunal.

Cabe añadir que, en este sentido, ya se pronunció el Tribunal en su Resolución 327/2017, de 6 de abril, en la que se declaró que *“la formalización del contrato, último acto adoptado por el órgano de contratación y que supone el comienzo de su eficacia, no forma parte de los actos objeto de impugnación por la vía del recurso especial que prevé el artículo 40.2 del TRLCSP, aunque lo sea el acto de adjudicación”*.

Procede, por ello, inadmitir este motivo de recurso.

B) Impugnación de una supuesta modificación ilegal del contrato, contraria a lo dispuesto en el artículo 205 de la LCSP.

El artículo 44.2.d) de la LCSP dispone que podrán ser objeto de recurso *“las modificaciones basadas en el incumplimiento de lo establecido en los artículos 204 y 205 de la presente Ley, por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación”*.

La Disposición transitoria primera. 4, párrafo segundo, de la LCSP establece que en los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de dicha Ley 9/2017 podrá interponerse el recurso especial en materia de contratación contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor, el día 9 de marzo de 2018.

El acto de formalización del contrato, que el recurrente considera que supone una modificación del contrato, se ha dictado en fecha posterior a la entrada en vigor de la LCSP.



Por tanto, el acto de modificación del contrato, previsto como recurrible en el artículo 44 de la LCSP, sería en principio susceptible de ser objeto de un recurso especial en materia de contratación respecto de un contrato sometido al TRLCSP.

Sin embargo, no podemos compartir el razonamiento del recurrente de que en la formalización se produjo una modificación del contrato, puesto que tanto el artículo 27 del TRLCSP, como el artículo 36 de la LCSP establecen que los contratos se perfeccionan con su formalización. Así pues, aunque hipotéticamente se hubiera introducido alguna modificación respecto de los pliegos, oferta del adjudicatario y resolución de adjudicación en el momento de la formalización, no estaríamos en presencia de una modificación del contrato propiamente dicha, susceptible de ser objeto de recurso, porque es precisamente la formalización la que perfecciona el contrato. La regulación de la modificación de los contratos a que se refieren los artículos 105 a 108 del TRLCSP (y 203 a 207 de la LCSP), lo es respecto de contratos ya perfeccionados.

Por tanto, el recurso debe también inadmitirse respecto a la pretendida modificación del contrato. No obstante, analizaremos el fondo del asunto planteado, *obiter dictum*.

Quinto. BABCOCK argumenta que, tras la adjudicación del contrato, el documento de formalización ha operado una modificación del contrato contraria al artículo 205 de la LCSP, modificación que afectaría al plazo de ejecución del contrato y que, a su juicio, supondría una variación sustancial de la voluntad del órgano de contratación que, de haber sido conocida con antelación, podría haber propiciado la participación de otros licitadores o la presentación de ofertas distintas. Y ello por cuanto que el documento de formalización prevé que el comienzo de la ejecución habría de tener lugar a las 00:00 horas del día 1 de diciembre de 2018, de tal forma que, pese a la urgencia declarada el 12 de septiembre de 2017, el inicio de la ejecución se ha retrasado un año y dos meses.

Este Tribunal en modo alguno aprecia que el documento de formalización implique la modificación invocada por la empresa recurrente, ni mucho menos que exista una infracción del artículo 205 de la LCSP. El documento de formalización declara en su cláusula primera que la ejecución se habrá de someter a los estrictos términos de la oferta del adjudicatario y a los del PCAP y el PPT, reiterando en la cláusula quinta la

expresa conformidad del contratista al contenido del PCAP y del PPT, cuyos ejemplares firma en sendos anexos. Y en su cláusula tercera establece que *“este contrato tendrá una vigencia de cuarenta y ocho meses, desde las 00:00 horas del 1 de diciembre de 2018 hasta las 24:00 horas del día 30 de noviembre de 2022, según lo establecido en el punto ‘C’ del PCAP...”*, siendo así que el apartado C del PCAP dispone, bajo la rúbrica *“duración del contrato. Plazo de ejecución”*, que la duración del contrato será de *“48 meses a partir de la fecha que indique en el contrato”*. Por tanto, el documento de formalización no entraña ninguna modificación contractual, sino que se ajusta estrictamente a lo previsto en el Pliego, que constituye la ley del contrato.

Mediante la invocación de esta supuesta modificación ilegal, la empresa recurrente intenta someter de nuevo al enjuiciamiento del Tribunal el mismo motivo de recurso esgrimido contra el acto de formalización que, como queda expuesto, no es susceptible de recurso: invoca un retraso deliberado del órgano de contratación en la tramitación de este expediente, incompatible con la tramitación urgente que en su día se acordó, y supuestamente dirigido a favorecer a la UTE que ha resultado adjudicataria, obviando que dicho retraso responde fundamentalmente a la interposición de sucesivos recursos (contra los pliegos, primero, y contra el acto de adjudicación, después), y que el retraso en cuestión no es del todo ajeno a la propia recurrente, que fue quien recurrió en su día el acuerdo de adjudicación y quien, de nuevo ahora, impugna el documento de formalización contractual. La recurrente aduce retrasos en la tramitación del procedimiento de urgencia imputables a una supuesta voluntad fraudulenta del órgano de contratación que en ningún momento acredita, más allá de sus meras afirmaciones, carentes de toda prueba. Y considera que, por superarse el plazo de 15 días para el inicio de la ejecución establecido en el artículo 112.2.c) del TRLCSP, el contrato es nulo de pleno derecho, cuando de la lectura de dicho precepto se desprende que, en tales supuestos, la resolución es potestativa, y que la misma no procede cuando los retrasos sean debidos a causas ajenas a la Administración y al contratista (artículo 112.2.c) del TRLCSP: *“el plazo de inicio de la ejecución del contrato no podrá ser superior a quince días hábiles, contados desde la formalización. Si se excediese este plazo el contrato podrá ser resuelto, salvo que el retraso se debiera a causas ajenas a la Administración contratante y al contratista, y así se hiciera constar en la correspondiente resolución*



motivada”. En fin, la recurrente presume una connivencia fraudulenta entre la Administración y la empresa adjudicataria del contrato por el hecho, documentado en el acta de 7 de noviembre de 2018, de que esta última haya cuestionado la obligación de subrogación laboral prevista en los pliegos, cuando de dicha acta sólo se desprende la advertencia del órgano de contratación al contratista de que un incumplimiento del pliego puede conllevar la resolución del contrato conforme al artículo 223.g) del TRLCSP, y la petición de un informe a los Servicios Centrales del Servicio de Salud de las Islas Baleares sobre si es de aplicación la subrogación al contrato de referencia, circunstancias objetivamente susceptibles de retrasar el inicio de la ejecución, y en las que no se advierte fraude ni connivencia alguna.

Por todo lo expuesto, de no proceder su inadmisión, el motivo de recurso habría sido desestimado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso interpuesto por D. S. E. V. R., en nombre y representación de la empresa BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA, S.A.U. contra la resolución de adjudicación del contrato de “*Servicio de transporte sanitario aéreo en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*”, con expediente SSCC PN 328/17, convocado por el Servicio de Salud de las Illes Balears.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el Art. 58 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 del de la Comunidad de las Illes Balears en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 k)



y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.