



Recurso nº 1222/2017 C.A. Illes Balears 73/2017

Resolución nº 33/2018

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

En Madrid, a 12 de enero de 2018

VISTO el recurso interpuesto por D. D.J. C. A., en nombre y representación de la Asociación Española de Compañías Aéreas de Helicópteros y Trabajos Aéreos (AECA HELICÓPTEROS), contra los Pliegos aplicables a la contratación del *“Servicio de transporte sanitario aéreo en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares”* (Expediente SSCC PN 328/17), el Tribunal, en sesión del 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 somete al procedimiento negociado sin publicidad, con tramitación urgente.

Segundo. Con fecha de 1 de diciembre de 2017, y previo anuncio ante el órgano de contratación, D. D. J. C. A., en nombre y representación de la Asociación Española de Compañías Aéreas de Helicópteros y Trabajos Aéreos (AECA HELICÓPTEROS), interpuso recurso especial en materia de contratación contra los Pliegos aplicables al referido contrato.

Tercero. El 8 de noviembre de 2017 el órgano de contratación remitió al Tribunal el expediente de contratación con el informe al que se refiere el artículo 46.2 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 día 19 de diciembre de 2017 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a las empresas concurrentes a la licitación, confiriéndoles un plazo de 5 días para formular alegaciones, trámite que no ha sido evacuado por ninguna de ellas.

Quinto. En fecha 10 de enero de 2017 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP 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. Se impugnan los pliegos de un contrato de servicio sujeto a regulación armonizada (artículos 40.2.a) y 40.1.a) del TRLCSP).

Tercero. El recurso ha sido interpuesto en el plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Cuarto. Procede reconocer a la Asociación recurrente la legitimación exigida en el artículo 42 del TRLCSP, cuestión que este Tribunal ya ha examinado y admitido en anteriores ocasiones (Resoluciones 22/2014, de 17 de enero, 364/2015, de 24 de abril, 418/2015, de 8 de mayo, y 934/2015, de 9 de octubre).

Tal y como se indicó en las citadas resoluciones, la recurrente es, conforme a sus estatutos, una asociación representativa de intereses colectivos del sector aéreo, por lo que la decisión acerca de si determinadas cláusulas de los pliegos son restrictivas de la



conurrencia representa para una entidad que asume la defensa de los intereses colectivos del sector algo más que un interés por la mera legalidad de la actuación administrativa. Como se afirmó en la Resolución 364/2015, *“la recurrente es una Asociación cuyo objeto es la representación, gestión y defensa de las compañías aéreas españolas dedicadas al transporte y trabajos aéreos en helicópteros y a los trabajos aéreos con aviones, a su mantenimiento, fabricación, componentes y en general empresas españolas de carácter privado, personas físicas o jurídicas que integran el sector de los trabajos aéreos. El art. 2 h) de sus Estatutos contempla, dentro de los cometidos de la Asociación, su competencia para ‘Ejercer los procedimientos y acciones de naturaleza administrativa o jurisdiccional para los que se encuentre legitimada la Asociación en defensa de los intereses del sector y de sus propios afiliados’. Siendo objeto de este recurso la revisión de los requisitos exigidos por los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas para delimitar las especificaciones técnicas a cumplimentar por las empresas para poder ser admitidas en la licitación, (...) el interés de AECA es incuestionable.”*

Quinto. Resulta acreditada la realización, por la Asociación recurrente, del anuncio previo al recurso exigido en el artículo 44.1 del TRLCSP.

Sexto. Entrando en el fondo del asunto, la impugnación de los pliegos se fundamenta en los siguientes motivos:

1. Nulidad de pleno derecho del procedimiento de contratación por indebida utilización del procedimiento negociado sin publicidad por tramitación urgente, sin previa justificación.

Considera la Asociación recurrente que la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad es excepcional, sólo procede en los supuestos expresamente previstos en la Ley, y exige una motivación que no se encuentra ni en los pliegos ni en el resto de los documentos de la licitación, lo que implica una quiebra de los principios de concurrencia, publicidad, transparencia, igualdad entre los licitadores. Entiende AECA HELICÓPTEROS que la aplicación del procedimiento negociado por razones de



urgencia del artículo 170.e) del TRLCSP no procede, conforme al artículo 32.2.c) de la Directiva 2014/24/UE, cuando la situación de urgencia sea imputable al poder adjudicador, y tal es, a su juicio, el caso, habida cuenta de que el contrato objeto de licitación ha tenido una duración de cuatro años, más dos, por lo que el órgano de contratación ha tenido tiempo más que suficiente para haber licitado con anterioridad.

2. Nulidad de la cláusula 3.1.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), que exige que las aeronaves ofertadas no tengan una antigüedad superior a 10 años.

Considera AECA HELICÓPTEROS que dicha exigencia es un requisito excluyente para el acceso a la licitación, pues todas aquellas empresas que dispongan de aeronaves de una antigüedad superior a diez años quedan automáticamente excluidas de la licitación cuando, conforme al criterio de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA), máxima autoridad en seguridad aérea en España, la garantía de la seguridad de las aeronaves no está condicionada por la edad de las mismas sino por la validez de su certificado de aeronavegabilidad (adjunta a estos efectos escrito de la Directora de la AESA de febrero de 2009). Afirma la recurrente que, conforme a la normativa aplicable (Reglamento (CE) de la Comisión 1321/2014, de 26 de noviembre de 2014), el mantenimiento y buen funcionamiento de las aeronaves en ningún caso depende de la antigüedad de las mismas, sino de la obtención del certificado de aeronavegabilidad, y del sometimiento de la aeronave a un programa de mantenimiento de aeronavegabilidad supervisado por una organización aprobada por la máxima autoridad en seguridad aérea en Europa (EASA). Considera, por todo ello, que al establecer el requisito de antigüedad de las aeronaves en la cláusula 3.1.1.del PPT la Administración contratante infringe los principios de jerarquía normativa, seguridad jurídica y legalidad; se atribuye competencias reglamentarias que, conforme al artículo 128 de la Ley 39/2015, corresponden al Gobierno; se extralimita en sus facultades, al pretender establecer en la licitación un requisito que colisiona con la normativa aeronáutica en vigor; vulnera el mandato del artículo 25 del TRLCSP, al imponer en los pliegos un requisito contrario al ordenamiento jurídico, y provoca restricciones a la libre concurrencia contrarias al artículo 1 del TRLCSP.



Añade AECA HELICÓPTEROS que la cláusula 3.1.1. del PPT infringe el artículo 117 del TRLCSP, que exige que las prescripciones técnicas permitan el acceso a las licitaciones en condiciones de igualdad.

Y aporta un informe pericial del 19 de febrero de 2016 en el que se concluye que la antigüedad de la aeronave no sólo no es un factor determinante de su seguridad, sino tampoco de su modernidad, confort, calidad y economía de servicio, pues, una vez la aeronave dispone del correspondiente certificado de aeronavegabilidad, puede incorporar todos los avances tecnológicos que su propietario decida incluir en ella.

AECA HELICÓPTEROS no se opone a que la antigüedad de las aeronaves sea un criterio de valoración, sino a que dicho requisito sea una condición de acceso a la licitación.

Y concluye en este punto aportando resoluciones de este y otros Tribunales Administrativos de Recursos, y acuerdos de diversos órganos de contratación, en los que se elimina el requisito de la antigüedad de las aeronaves como condición de acceso a la licitación.

3. Nulidad de la cláusula 4 del PPT, que establece la obligación de contar, en cada una de las bases designadas por el órgano de contratación, con una serie de elementos operativos o relacionados con el alojamiento de las tripulaciones, lo que, a juicio de la Asociación recurrente, infringe lo dispuesto en el Real Decreto 1070/2015, por el que se aprueban las normas técnicas de seguridad operacional de los aeródromos de uso restringido. Señala AECA HELICÓPTEROS que, entre dichos aeródromos de uso restringido se incluyen aquellos en los que, como es el caso, se realicen operaciones de transporte sanitario, siendo así que, conforme a los artículos 3 y 11 del citado Real Decreto, es al gestor (titular de aeródromo) al que corresponde el cumplimiento de las normas en las bases y la autorización de las instalaciones que exige el órgano de contratación en los pliegos. En suma, se exige en el PPT a los licitadores realizar unas obras, adaptaciones o instalaciones en determinadas bases aéreas que se supeditan a la obtención de las autorizaciones necesarias del gestor del aeropuerto. Concluye por



ello AECA HELICÓPTEROS que si el órgano de contratación quiere que se opere desde determinadas bases, éstas deberían tener aprobadas o autorizadas antes de la adjudicación los requerimientos demandados, y que nada tiene que ver en ello un tercero (el licitador) que no es propietario ni gestor del aeródromo o aeropuerto, y que sólo puede comprobar si la base en cuestión cumple las condiciones exigidas y, en caso contrario, comunicar las deficiencias al propietario o cesionario de las mismas.

4. Designación errónea en los pliegos del convenio colectivo aplicable, que no es el *“Convenio del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y de asistencia extrahospitalaria de las Illes Balears”* al que alude la cláusula 5 del PPT, sino el *“Convenio colectivo para el sector de transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación”*, publicado en el BOE de 3 de agosto de 2012.

Considera AECA HELICÓPTEROS que, a efectos de determinar el convenio colectivo que resulta aplicable, hay que estar al ámbito funcional, personal y territorial propio de la actividad que desarrolla la empresa, atendiendo a la actividad principal y real que despliega y, en caso de que existan varias actividades principales, separadas y autónomas, al principio de especificidad, lo que supone la exclusión de la idea de unidad de convenio en la empresa. Y, añade AECA HELICÓPTEROS que, aunque el objeto del contrato se relaciona con el transporte sanitario, no es menos cierto que lo relevante es que el transporte es con medios aéreos, siendo ésta la actividad que ha de prevalecerá a efectos de determinar el convenio colectivo aplicable.

Y, en la medida en que, a juicio de AECA HELICÓPTEROS, no resulta de aplicación el convenio del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y de asistencia extrahospitalaria de las Illes Balears, no resulta aplicable la obligación de subrogación laboral que, con base en dicho convenio colectivo, recoge la cláusula 5.1 del PPT.

5. Falta de concreción en los pliegos de los criterios de valoración y del proceso de negociación.



Entiende AECA HELICÓPTEROS que los pliegos en ningún momento contienen reglas de aplicación de los posibles criterios ni de la metodología, plazos, fases o rondas del proceso de negociación, determinación que es imprescindible en todo procedimiento negociado.

Séptimo. Por su parte, el órgano de contratación se opone a la estimación del recurso con base en las siguientes consideraciones:

1. Consta en el expediente informe justificativo de la tramitación del contrato mediante procedimiento negociado por razones de imperiosa urgencia (artículo 170.e) del TRLCSP), informe que cuenta con la fiscalización preceptiva favorable.

La referida urgencia se fundamenta en el cambio normativo operado el 25 de diciembre de 2016 con la entrada en vigor del Real Decreto 703/2016, de 23 de diciembre, de modificación del Real Decreto 1133/2010, de 10 de septiembre, por el que se regula la provisión del servicio de información de vuelos de aeródromos, dictado en desarrollo de la Ley 9/2010, de 14 de abril, reguladora de la prestación de servicios de tránsito aéreo. La entrada en vigor del citado Real Decreto modificó la carta ATS (servicios de tránsito aéreo), la carta operacional entre LECP (el control del aeropuerto de Palma de Mallorca) y LEMH (Aeropuerto de Menorca), ésta última con efectos en la regulación de las evacuaciones nocturnas, fuera del horario operativo, en el Aeropuerto de Menorca, y que puedan ser realizadas por el Servicio de Atención Médica Urgente (SAMU 061), cuando el aeropuerto no dispone de controlador aéreo. Esta instrucción limita considerablemente la capacidad de vuelo del avión ambulancia, impidiendo el despegue de aviones en Menorca en condiciones de visibilidad inferior a 1.500 metros (horario nocturno o condiciones atmosféricas adversas). Por ello se planteó adaptar el PPT sustituyendo uno de los dos aviones (el de Menorca) por un helicóptero, que no necesitaría disponer de tanta distancia de visibilidad, pero que encarecía el importe de la licitación en 800.000 euros anuales.

En el mes de junio se solicitó desde la Gerencia de Atención a Urgencias 061 ampliar la carta de exenciones a fin de poder volar fuera de horario operativo, recibándose el 1 de



septiembre de 2017 la resolución 27/2017, de 11 de julio, del Director General de Aviación Civil, favorable a la ampliación de exenciones solicitada.

Desde el 27 de junio hasta el 1 de septiembre de 2017, señala el órgano de contratación, no se pudo continuar la tramitación del expediente al no poder concretarse si el objeto del contrato incluía uno o dos helicópteros. Siendo imposible prorrogar ya el contrato, se consideró justificada la tramitación del contrato por el procedimiento negociado por imperiosa urgencia, publicándose voluntariamente, en aras de la transparencia, y pese a tratarse de un procedimiento sin publicidad, un anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

2. En cuanto a la exigencia de una antigüedad de las aeronaves no superior a diez años, señala el órgano de contratación que ello no responde a razones de seguridad sino de adaptación a las necesidades técnicas y asistenciales durante la vigencia del contrato, al mayor coste que tiene el mantenimiento de una aeronave de mayor antigüedad, y a la obligación que incumbe a la Administración de incorporar a su servicio los últimos avances, desde el punto de vista aeronáutico y sanitario, en aras de la mejora asistencial continua. Considera el órgano de contratación que una aeronave de más de diez años de antigüedad puede contar con autorización para realizar vuelos, sin poder cubrir de forma adecuada las necesidades que se le exijan desde la perspectiva asistencial, las cuales se suceden y evolucionan a gran velocidad en el ámbito sanitario.

Se considera de interés público la renovación de la flota existente, y un aumento en cuanto a las prestaciones de disponibilidad, instalaciones, etc. de las aeronaves.

3. En cuanto a la exigencia de dotación material de las bases de operaciones, indica el órgano de contratación que ello responde a la necesidad de mejorar las condiciones de mantenimiento debido a las características atmosféricas del clima insular y su proximidad al mar, y de ofrecer el máximo confort al paciente ante la idiosincrasia del servicio. En la actualidad sólo se dispone de un hangar en la isla de Menorca para las operaciones de revisión y reparación continuada de las aeronaves, lo que en todo caso



se considera imprescindible para poder realizar estas operaciones de forma continuada, sin tener que suspenderlas por las inclemencias meteorológicas o por la insuficiente iluminación de las pistas. Y el disponer de instalaciones adecuadas también permite la transferencia del paciente al resguardo de las inclemencias meteorológicas, y con la necesaria intimidad.

Añade el órgano de contratación que en el periodo de resolución de preguntas se ha contestado que, en caso de no disponer de espacios en las mencionadas plataformas, y ante la imposibilidad de poder tramitar la petición con el gestor aeroportuario hasta resultar adjudicatario del contrato, se daría un plazo de 12 meses para la obtención de la autorización.

4. Por lo que se refiere al convenio colectivo aplicable, y a la indebida obligación de subrogación, el órgano de contratación considera que la mención en el pliego al Convenio colectivo del sector de transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y asistencia extrahospitalaria de las Illes Balears es correcta, dado que en su artículo 1 se alude expresamente al transporte sanitario aéreo de enfermos.

Cita la sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015 que, junto a la subrogación legal y convencional, admite la existencia de un tercer supuesto de subrogación constituido por la subrogación contractual vía pliegos, de forma condicionada a la voluntad del trabajador y con un *“claro objetivo de defensa de un interés público y que se aplica por igual a todas las empresas del ramo”*.

Admite el órgano de contratación que la cuestión no está exenta de polémica, y concluye que la determinación del convenio colectivo que resulta aplicable excede de las competencias de la Administración contratante y, en su caso, deberá determinarse en la jurisdicción social.

5. Por último, en cuanto a la indefinición en los pliegos de los criterios de valoración y del proceso de negociación, el órgano de contratación indica que la letra K del Pliego de características establece los aspectos técnicos susceptibles de negociación, sin que el



sistema difiera de los restantes expedientes adjudicados por el procedimiento negociado en los últimos años.

Octavo. Expuestos los argumentos de las partes, la primera cuestión que procede examinar es si resulta justificada en el expediente la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad por imperiosa urgencia del artículo 170.e) del TRLCSP.

Tal y como sostiene la Asociación recurrente, la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, en la medida en que supone una excepción a los principios de publicidad y concurrencia, debe ser objeto de interpretación estricta. Así lo sostiene, con carácter general, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCA), que considera que *“la utilización del procedimiento negociado tiene carácter excepcional y sólo procede cuando concurren las causas taxativamente previstas en la Ley, que son de interpretación estricta y han de justificarse ‘debidamente’ en el expediente”* (por todos, informe 11/04, de 7 de junio). En igual sentido se pronuncian los órganos consultivos autonómicos. Así, la Junta de Contratación Administrativa de Cataluña señala, en su informe 2/2016, de 6 de abril de 2016, que *“Como es sabido, la adjudicación de los contratos debe realizarse, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o restringido, de manera que el procedimiento negociado es un procedimiento de carácter excepcional que únicamente puede utilizarse en los supuestos enumerados taxativamente en el TRLCSP, los cuales deben ser objeto de interpretación restrictiva”*. Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Recomendación 1/2016, de 20 de abril, insiste en que *“El procedimiento negociado, con y sin publicidad, se configura actualmente en la legislación nacional, según se ha explicado en el apartado anterior, como un procedimiento extraordinario, al que los órganos de contratación pueden acudir solamente para los supuestos tasados en el TRLCSP, y siempre, y en todo caso, justificando debidamente en el expediente la decisión de acudir a este procedimiento, en detrimento de los considerados normales u ordinarios (abierto o restringido), en los que los principios generales de la contratación imperan con toda su intensidad.”*



Además, la finalización, el 18 de abril de 2016, del plazo de transposición de la Directiva 2014/24/UE, determina que, a partir de dicha fecha, únicamente se podrá recurrir al procedimiento negociado sin publicidad en los supuestos establecidos con carácter tasado en el artículo 32 de la citada Directiva, cuyo efecto directo se reconoce expresamente en la Recomendación de la JCCA a los órganos de contratación de 15 de marzo de 2016, en relación con la aplicación de las nuevas Directivas de contratación pública, y en el Documento sobre los *“Efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”*, aprobado de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales de 1 de marzo de 2016 . En consecuencia, la posibilidad de utilizar el procedimiento por razones de urgencia del artículo 170 e) TRLCSP, no procederá, según dispone el artículo 32.2 c) de la Directiva 2014/24/UE, cuando la situación de urgencia sea imputable al poder adjudicador.

Siguiendo la ya citada Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a la utilización del procedimiento negociado, *“Tres son los aspectos en los que la preparación del procedimiento negociado presenta características específicas: la justificación de la elección del procedimiento, la delimitación de la materia que va a ser objeto de negociación y la necesidad de establecer criterios de adjudicación”*, aspectos, estos dos últimos, que se examinarán posteriormente.

Centrándonos en la justificación o motivación de la elección del procedimiento, y siguiendo la Recomendación 1/2016 de referencia, cabe señalar que *“la tramitación del expediente exige, de acuerdo con el artículo 109 TRLCSP, la justificación de la elección del procedimiento”*, justificación que se fundamenta en la ya aludida excepcionalidad del procedimiento negociado.

Pues bien, consta en el expediente de contratación remitido (documento nº 5) un informe emitido por la Gerencia de Atención Urgencias-061 el 24 de octubre de 2017, justificativo de la tramitación del expediente por el procedimiento negociado por imperiosa urgencia (artículo 170.e) del TRLCSP), por las mismas razones que reitera el



órgano de contratación en su informe al presente recurso (Fundamento de Derecho séptimo.1 de la presente Resolución). Se indica, concretamente, que el contrato vigente fue prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2017; que desde principios de febrero se empezó a trabajar en la confección de unos nuevos pliegos, y que determinados cambios normativos (entrada en vigor, el 25 de diciembre de 2016, del Real Decreto 703/2016, de 23 de diciembre) dieron lugar a la modificación de la carta de servicios de tránsito aéreo y la carta operacional de los aeropuertos de Mallorca y Menorca, afectando al régimen de evacuaciones nocturnas, fuera de horario operativo, en el Aeropuerto de Menorca; que, ante estas circunstancias, se solicitó ampliar la carta de exenciones, para poder volar fuera de horario operativo, suspendiéndose la tramitación del expediente de contratación por depender de esa circunstancia el objeto del contrato, en concreto, el cambio de un avión con base en Menorca por un helicóptero, con un coste económico más elevado; que hasta el 1 de septiembre de 2017 no se recibió contestación favorable del Director General de Aviación Civil, concurriendo razones de urgencia ajenas al Servicio de Salud que, ante la imposibilidad de prorrogar más el vigente contrato, llevaron a la aplicación del procedimiento negociado por imperiosa urgencia del artículo 170.e); y que, sin alterar la tramitación por el procedimiento negociado sin publicidad, se decide publicar un anuncio de la contratación en la Plataforma de Contratación del Sector Público.

Así las cosas, la justificación de la aplicación del procedimiento negociado por razones de urgencia resulta acreditada formalmente en el expediente de contratación, considerando el Tribunal que las razones materiales aducidas en dicha justificación resultan objetivamente atendibles, al derivar de circunstancias (cambios normativos con efectos operacionales en uno de los aeropuertos designados en el pliego y en el propio objeto del contrato), que pueden considerarse ajenas y no directamente imputables al órgano de contratación, todo ello en un contrato que ya no admite más prorrogas, y cuyo objeto (el transporte sanitario aéreo en las Islas Baleares) debe seguir prestándose sin interrupción por razones de interés general.

Procede, por todo lo expuesto, desestimar este motivo de recurso.



Noveno. Por razones sistemáticas, el Tribunal considera conveniente examinar a continuación el quinto y último motivo de recurso, relacionado, como el anterior motivo, con el cumplimiento de los requisitos exigidos en el procedimiento negociado, y relativo, en concreto, a la indefinición de los criterios de adjudicación y del proceso de negociación en el procedimiento negociado objeto de recurso.

Como ya se ha indicado, la tramitación del procedimiento negociado se somete a tres requisitos específicos: la justificación de la elección del procedimiento, la delimitación de la materia que va a ser objeto de negociación y la necesidad de establecer criterios de adjudicación (Recomendación 1/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón). Admitida la suficiencia del primero en el Fundamento de Derecho precedente, procede examinar la concurrencia de los dos requisitos restantes:

A. Determinación de los aspectos susceptibles de negociación.

La negociación es un requisito característico y consustancial al procedimiento negociado. Siguiendo, por todas, la Resolución 962/2017, de 19 de octubre, cabe recordar que *“El artículo 169.1 del TRLCSP, relativo a la caracterización del procedimiento negociado, dispone que en el mismo ‘la adjudicación recaerá en el licitador justificadamente elegido por el órgano de contratación, tras efectuar consultas con diversos candidatos y negociar las condiciones del contrato con uno o varios de ellos’.*

Por su parte, el artículo 176 del TRLCSP, referido a la tramitación del procedimiento negociado, establece que ‘en el pliego de cláusulas administrativas particulares se determinarán los aspectos económicos y técnicos que, en su caso, hayan de ser objeto de negociación con las empresas’.

Dada su configuración legal, debe concluirse que la negociación es un elemento característico y consustancial del procedimiento negociado, como ha declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (por todos, dictamen 21/1997, de 14 de julio)



y, de forma reiterada, este Tribunal (Resoluciones 50/2011, de 24 de febrero, 269/2011, de 10 de noviembre, 145/2014, de 21 de febrero, 69/2016, de 29 de enero, o 426/2016, de 3 de junio, entre otras muchas, en las que se afirma que 'el elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es que mientras en éstos no es posible negociar la propuesta presentada por el licitador, en el procedimiento negociado se exige la negociación, debiendo de fijarse previamente en el pliego y, en su caso, en el anuncio cual será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 160 de la Ley de Contratos del Sector Público (artículo 176 del TRLCSP) los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación).

La negociación, previa determinación en el PCAP de los aspectos del contrato sobre los que la misma debe versar, resultan igualmente exigible en el procedimiento negociado tramitado sin publicidad (informe de la JCCA 48/2009, de 1 de febrero de 2010)'."

La ya citada Recomendación 1/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón abunda en la exigencia de negociación en los siguientes términos: *"El elemento diferenciador del procedimiento negociado, respecto de los procedimientos abierto y restringido, es la exigencia de negociación. Debe fijarse previamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP), cuál será el objeto de la negociación, o como señala el artículo 176 TRLCSP, los aspectos económicos y técnicos que hayan de ser objeto de negociación, como por ejemplo, la calidad, las cantidades, las cláusulas comerciales y los aspectos sociales, medioambientales e innovadores, en la medida en que no constituyan requisitos mínimos. No es posible negociar sobre los requisitos mínimos establecidos en el PCAP, como ha determinado la jurisprudencia comunitaria (STJUE de 5 de diciembre de 2013, asunto c-561/12), y establece expresamente el artículo 29 de la Directiva 2014/24/UE: 'En los pliegos de cláusulas administrativas particulares, los poderes adjudicadores determinarán el objeto de la contratación facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, indicarán asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas'."*



En fin, como declara la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de octubre de 2010, (C-337/1998) Comisión de las Comunidades Europeas contra la República Francesa, *“las negociaciones constituyen la característica esencial de un procedimiento negociado de adjudicación de contrato [...]. Por ello, todo procedimiento negociado —con o sin publicidad— debe justificar esta conveniencia de negociación”*.

No obstante lo anterior, debe precisarse, en lo relativo a la exigencia de negociación, que el artículo 29.4 dela Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, de Contratación Pública, permite que en estos procedimientos negociados, *“...los poderes adjudicadores podrán adjudicar los contratos sobre la base de la ofertas iniciales sin negociación cuando hayan indicado en el anuncio de licitación o en la invitación a confirmar el interés que se reservan dicha posibilidad”*.

Pues bien, figura en el Cuadro de Características del PCAP un concreto apartado (apartado K), referido a los *“aspectos objeto de negociación”*, entre los que se incluye el precio (oferta económica) y, como aspectos técnicos, la antigüedad de las aeronaves, la cobertura adicional de servicios en época estival, la cobertura adicional de servicios en época no estival, el número de horas de vuelo que excedan de 6.000 y la formación, todo ello con remisión expresa al PPT, que desarrolla cada uno de los aspectos técnicos susceptibles de negociación en sus cláusulas 3.1.1, 3.3.2, 3.3.3, 3.3.1 y 15.4, respectivamente.

Además, las cláusulas 15.5, 15.6 y 15.7 del PCAP regulan expresamente la fase de negociación del procedimiento.

Por lo expuesto, ha de considerarse adecuadamente cumplido el segundo de los requisitos que se examinan, relativo a la determinación de los aspectos susceptibles de negociación y de la propia fase de negociación de las ofertas.

B. Determinación de los criterios de adjudicación.



El tercer y último requisito exigible en el procedimiento negociado es la determinación, en los pliegos, de los criterios de adjudicación aplicables.

Conforme a la tan citada Recomendación 1/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, *“Aunque una de las características del procedimiento negociado es su flexibilidad, y el TRLCSP no exige expresamente que el PCAP determine los criterios de adjudicación para identificar la oferta económicamente más ventajosa, la JCCAE, dijo en su Informe 48/09, de 1 de febrero de 2010, que: ‘para poder aplicar el procedimiento negociado han de cumplirse de manera justificada alguno de los supuestos (...) y que para la elección de cuál será la mejor oferta se han de fijar los criterios de adjudicación que considere aplicables el órgano de contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 134 de la Ley [150 TRLCSP] que, como es bien sabido, se aplica en todos los procedimientos de adjudicación, fijando uno varios criterios, pero señalando en el pliego de cláusulas administrativas particulares los aspectos económicos y técnicos del contrato sobre los que versará la negociación’. Es decir, el carácter flexible y la existencia de negociación, no elimina la obligación de incluir criterios de adjudicación. Esta interpretación resulta avalada por el artículo 22.4 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (...), cuando señala, entre las funciones de la Mesa de contratación en los procedimientos negociados en que se constituya, la valoración de las ofertas después de la negociación. También las previsiones del artículo 178.2 TRLCSP, y 43 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y la seguridad, van en la línea de exigir la valoración de las ofertas en los procedimientos negociados. Finalmente, la redacción de la nueva Directiva 2014/24/UE, no deja lugar a dudas, ya que en su artículo 29 dispone que: ‘En los pliegos de la contratación, los poderes adjudicadores determinarán el objeto de la contratación facilitando una descripción de sus necesidades y de las características exigidas para los suministros, las obras o los servicios que hayan de contratarse, y especificarán los criterios de adjudicación del contrato. Indicarán asimismo qué elementos de la descripción constituyen los requisitos mínimos que han de cumplir todas las ofertas’.*”



En fin, la exigencia legal de la determinar en el PCAP los criterios de adjudicación del contrato en los procedimientos negociados, resulta también de la previsión contenida en el artículo 178.2 del TRLCSP, de la posibilidad de articular el procedimiento negociado en fases sucesivas a fin de recudir progresivamente el número de ofertas a negociar, que se hace depender de la exigencia de la aplicación ***“...de los criterios de adjudicación señalados en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones”***, criterios que operarán en la reducción del número de ofertas vivas en cada fase sucesiva prevista y en la determinación final de la oferta económicamente más ventajosa.

Se añade en la citada Recomendación que *“El mismo artículo 29 precisa también, que no pueden ser objeto de negociación los criterios de adjudicación. Por lo tanto, no es posible variar, mediante la negociación, la enumeración de los criterios que van a ser valorados, ni su existencia o forma de valoración...”*

La cláusula 15 del PCAP distingue entre la fase de negociación y la de valoración de las proposiciones para la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y, en su apartado 7, párrafo primero, indica expresamente que *“para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se atenderá a los criterios directamente vinculados al objeto del contrato, basados en los previstos en el artículo 150.1 del TRLCSP, que se indican en la letra K del cuadro de características del contrato como aspectos objeto de negociación”*. En suma, el PCAP impugnado hace coincidir los aspectos susceptibles de negociación con los criterios de adjudicación que servirán para determinar, tras la negociación, la oferta económicamente más ventajosa, lo que, conforme a lo indicado, es jurídicamente admisible. Pero el apartado K del Cuadro de Características del PCAP -al que remite la cláusula 15.7 al regular los criterios de adjudicación- se limita a enumerar los aspectos susceptibles de negociación sin atribuirles, cuando operen como criterios de adjudicación, ninguna puntuación o coeficiente de ponderación que permita conocer cuál es el peso que les corresponde como criterios de valoración, a efectos de determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa.



Esta indefinición de la ponderación que corresponde a los criterios de valoración deja la adjudicación, en la práctica, al arbitrio de la Administración contratante, resulta contraria a los principios en los que sea sienta la contratación pública, y contraviene lo dispuesto en el artículo 150.4 del TRLCSP.

Por todo ello, procede estimar parcialmente este motivo de recurso, en lo que se refiere a la falta de concreción en el PCAP de la ponderación atribuida a cada uno de los criterios de adjudicación.

Décimo. Se examinará a continuación la adecuación a Derecho de la exigencia de que las aeronaves tengan una antigüedad inferior a 10 años (cláusula 3.1.1 del PPT, a cuyo tenor *“la antigüedad máxima de las aeronaves adscritas a la prestación del servicio no superará los 10 años desde su fabricación en el momento de inicio del contrato y la menor antigüedad de las aeronaves será objeto de negociación”*).

La Asociación recurrente justifica este motivo de recurso en la vulneración por el órgano de contratación de la normativa sectorial aplicable (en la medida en que, en unos pliegos de contratación, la Administración contratante estaría imponiendo una limitación basada en la antigüedad de las aeronaves que no está amparada por la normativa vigente en el sector aeronáutico, que permite operar a toda aeronave que cuente con certificado de aeronavegabilidad, independientemente de su antigüedad), y en la restricción injustificada a la concurrencia que, con vulneración de los artículos 1, 25 y 117 del TRLCSP, se impone, *de facto*, a los titulares de aeronaves de más de diez años de antigüedad.

Esta cuestión ha sido examinada por el Tribunal en anteriores ocasiones.

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 accesoria 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 el caso concreto ahora analizado, cuando el Pliego no admite que se adscriba a la ejecución del contrato una aeronave anterior en año de fabricación a 1980, no está declarando, en colisión de la legislación vigente, que una aeronave de estas características no pueda ser utilizada en la aeronavegación con seguridad, sino que está definiendo los requisitos de los medios a adscribir al contrato e impidiendo al licitador que adscriba al servicio objeto del contrato aeronaves más antiguas a la fecha expuesta, debiendo analizarse si esta limitación o restricción puede ser admitida pese a que una aeronave con un año de fabricación anterior al marcado sea segura para la aeronavegación. Lo mismo respecto del otro punto cuestionado por la recurrente, en el que habrá que analizar la razonabilidad de las limitaciones que supone su exigencia a la



libre concurrencia, sin que pueda concluirse, como se pretende de adverso, que la simple constatación de la exigencia en el PCAP de un requisito adicional a cumplir por el adjudicatario al regulado en la Ley para operar en el concreto sector aeronáutico determine la nulidad del Pliego por vulneración de la normativa de superior rango. Ello es contrario al principio de libertad de pactos y a la propia naturaleza de los Pliegos, que no es determinar las condiciones para el ejercicio de una actividad sino para la concreta prestación del objeto del contrato.

Con base en lo anterior, en cada uno de los puntos que a continuación examinaremos, el análisis no puede ceñirse a comprobar si los Pliegos imponen una obligación al licitador que no es exigible a un operador aéreo para el desarrollo de su actividad, sino si se trata de una obligación justificada para la prestación del servicio que sea razonable y redunde en una mejor satisfacción del servicio sin introducir discriminación. Es decir, que se trate de condicionantes que no produzcan el único efecto de reducir la concurrencia sin ninguna ventaja añadida a la prestación objeto del contrato.”

Los anteriores razonamientos se consideran plenamente aplicables al presente recurso, por lo que el Tribunal examinará seguidamente si la exigencia de una determinada antigüedad de las aeronaves en el PPT impugnado está justificada y redunde en una mejor satisfacción del servicio. Esta cuestión también se ha abordado en anteriores resoluciones de este Tribunal.

El artículo 117.2 del TRLCSP dispone que *“las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*.

Respecto del alcance del artículo 117 del TRLCSP, en la Resolución 418/2015, de 8 de mayo, citada por la Asociación recurrente, este Tribunal recordaba, con cita de la Resolución 548/2014, 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. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009:

‘La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad.’

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: ‘Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son éstos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida.’”

Bajo las anteriores premisas, en la Resolución 22/2014, de 17 de enero, se estimó el recurso interpuesto por AECA HELICÓPTEROS contra una cláusula similar de otros pliegos, por falta de justificación por el órgano de contratación de los motivos que fundamentaban la exigencia de una antigüedad máxima en las aeronaves adscritas a la



prestación del servicio: *“el órgano de contratación se limita en su informe a afirmar que el pliego de prescripciones técnicas respeta lo dispuesto en materia de aeronavegabilidad por el Reglamento Comunitario antes citado, sin embargo no alega cuáles son las razones que justifican, en orden a un mejor cumplimiento de las prestaciones objeto de contratación, la exigencia de que los helicópteros con los que se han de realizar el servicio transporte mediante helicóptero para intervenciones de salvamento y rescate, transporte sanitario y otras de protección civil, así como sus componentes rotables, dispongan de una fecha de fabricación no superior a 9 años, limitándose a señalar que la antigüedad ‘es un plus en las exigencias técnicas previstas en el pliego, recogida (...) como una mejora de cara a la adjudicación’. Pero en tal caso, debería considerarse en el pliego, en todo caso, una mejora a la que se asignase una puntuación determinada entre los criterios de adjudicación, pero no como un requisito exigido a las ofertas de los licitadores para ser admitidas en el procedimiento. Esta falta de justificación del establecimiento de la antigüedad como un requisito para la realización de la prestación, conlleva que este Tribunal considere que se ha infringido el artículo 117.2 del TRLCSP que exige, para prever en los pliegos de prescripciones técnicas algún tipo de condición que restrinja la concurrencia, que la misma esté debidamente motivada, sin que en el presente caso exista razón alguna acreditada para justificar que los helicópteros con los que se prestará el servicio, así como sus componentes rotables, deban disponer de una fecha de fabricación no superior a 9 años”.*

En la Resolución 418/2015, de 8 de mayo, AECA HELICÓPTEROS formuló un motivo de recurso similar (nulidad de una cláusula del PPT aplicable que prohibía una antigüedad de las aeronaves anterior a 1980), que este Tribunal no tuvo que examinar en cuanto al fondo por reconocer expresamente el órgano de contratación un error en el PPT en este punto, lo que conllevó necesariamente la estimación de dicho motivo.

En la Resolución 364/2015, de 24 de abril, el Tribunal desestimó este motivo de recurso por considerar que la exigencia de una antigüedad máxima en las aeronaves se



motivaba expresamente por el órgano de contratación no en razones de seguridad, sino de confort y modernidad:

“Debe anticiparse que no se pone en duda, y de hecho se admite por el órgano de contratación en su informe, que una aeronave con un año de fabricación anterior a 1980, si tiene el certificado de aeronavegabilidad vigente, puede ser empleada para los servicios aéreos objeto del contrato, lo que determina que no sea necesaria la práctica de la prueba solicitada. Se adjunta al recurso, a mayor abundamiento, un informe emitido por la Directora de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea en el que literalmente se reconoce que ‘la garantía de la seguridad de las aeronaves no está condicionada por la edad de la misma, sino por la validez de su certificado de aeronavegabilidad, la operación de la aeronave conforme a las limitaciones de la misma y las adecuadas tareas de mantenimiento de la aeronavegabilidad’. Luego debe partirse de la premisa de que un medio aéreo anterior en año de fabricación a 1980 podría servir a las tareas de ejecución del contrato, por lo que debe analizarse si esta limitación que impone el Pliego, cuyo fundamento no puede ser el de la seguridad aérea, puede calificarse de arbitraria, en cuyo caso deberá anularse.

Para el análisis de la admisibilidad de esta limitación que impone el Pliego, debe partirse de lo que dispone el art. 117.2 del TRLCSP cuando señala que: Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia’.

(...)

Con base en lo anterior, debe analizarse la motivación que el órgano de contratación atribuye a la limitación contenida en los Pliegos sobre la no admisión de medios aéreos anteriores en año de fabricación a 1980. Se señala en el informe técnico remitido por el órgano de contratación que el año de fabricación se solicita ‘en aras de ofrecer un mejor servicio que garantice el confort y prestaciones tanto a la tripulación como al resto de personal (esto es, brigadas helitransportadas, rescatadores o personal técnico en la



extinción), además de ofrecer mejores avances tecnológicos'. Se insiste en el informe que la finalidad que se busca con la inclusión de este requisito no es la de limitar la libre concurrencia sino 'la anteriormente señalada asociada a la modernidad tecnológica y confort' (...).

Las razones expuestas se basan, pues, en el confort y modernidad de la aeronave, razones que este Tribunal considera no arbitrarias, ni irrazonables, (...). Se advierte con claridad que el requisito exigido, aunque no sea relevante en materia de seguridad aérea, sin embargo, sí contribuye a una mejor satisfacción en la prestación del servicio. Por tanto, debe concluirse que es un requisito que no crea un obstáculo injustificado a la competencia, al derivarse de su exigencia una mayor satisfacción de las necesidades previstas, por lo que no existen razones para su anulación con base en el art. 117.2 del TRLCSP."

En el mismo sentido se expresaron las Resoluciones de este Tribunal 934/2015 y 935/2015, ambas de 9 de octubre, la primera de ellas dictada en resolución de otro recurso interpuesto por AECA HELICÓPTEROS. Ambas resoluciones, siguiendo el criterio de la ya citada Resolución 364/2015, desestimaron un motivo similar de recurso (nulidad de la cláusula del pliego que impedía licitar con aeronaves anteriores en año de fabricación a 1980), por justificar el órgano de contratación dicha exigencia no en motivos de seguridad (que ha de entenderse debidamente acreditada con la obtención del certificado de aeronavegabilidad), sino en razones tecnológicas y de confort.

AECA HELICÓPTEROS aporta en esta ocasión un dictamen pericial con arreglo al cual la antigüedad de la aeronave no sólo no afecta, una vez obtenido el correspondiente certificado de aeronavegabilidad y superadas la operaciones de mantenimiento programado que sean pertinentes, a las condiciones de seguridad de la aeronave, sino que tampoco afecta al grado de confort, modernidad, calidad y economía del servicio prestado por la aeronave, que dependerá de las novedades y adelantos tecnológicos que el propietario haya decidido incorporar a la misma, de tal forma que *"lo que determina el fin de la vida útil o de servicio de una aeronave no es su antigüedad, sino los costes necesarios para continuar manteniéndola en las mismas condiciones. Cada*



compañía valora cuándo deja de compensarle seguir operando cada aeronave, pero hasta que decide retirarla del servicio o deshacerse de ella puede seguir operando en idénticas condiciones de aeronavegabilidad”.

Por su parte, el órgano de contratación motiva la exigencia de una determinada antigüedad máxima de las aeronaves no en la falta de seguridad, sino en que una mayor antigüedad supone *“disminución de la capacidad de adaptación a las necesidades que se planteen tanto técnicas, como asistenciales que pueden darse a lo largo de un concurso que puede tener una duración de 6 años o más; el mayor coste que tiene el mantenimiento de una aeronave de mayor antigüedad; la obligación que debe tener la Administración para incorporar a su servicio los últimos avances, que mejoren la prestación tanto desde el punto de vista aeronáutico como sanitario y que deben concluir en una mejora asistencial continua”.* Añade que *“una aeronave con una antigüedad mayor a 10 años puede estar perfectamente acreditada para poder realizar vuelos, sin poder cubrir de forma adecuada las necesidades que se le exijan desde la perspectiva asistencial, las cuales se suceden y evolucionan a un ritmo trepidante en el ámbito sanitario”.* Pone por ejemplo la evolución experimentada en el 061 de Islas Baleares: *“la única aeronave de ala rotatoria que está realizando el servicio, con una antigüedad superior a 10 años, carece de instalación de aire acondicionado”,* y que la incorporación de los avances tecnológicos en aviónica, confortabilidad, etc. que el informe pericial ve siempre posible a veces no resulta factible *“bien por las limitaciones de la propia aeronave, bien porque suponen un coste excesivo para la empresa”.* Considera que incumbe al órgano de contratación anticipar y mejorar la calidad de la prestación solicitando determinados requisitos en los pliegos, para evitar las negativas de las empresas durante la ejecución a actualizar el habitáculo sanitario, cuestión que considera directamente relacionada con la antigüedad de la aeronave. Y pone también como ejemplo la avería registrada en el avión ECILE con base en Menorca, que presentó una grieta en el alerón producida por la fatiga de los materiales, dándose la circunstancia de que el avión tiene una antigüedad de 15 años y tenía al día su certificado de aeronavegabilidad.



Concluye el órgano de contratación que considera de interés público la renovación de la flota existente y el aumento de prestaciones en cuanto a disponibilidad de aeronaves, instalaciones, etc., en consonancia con lo cual se ha incrementado en más de dos millones de euros las anualidades del presupuesto del contrato respecto del contrato vigente.

Sin entrar en aspectos técnicos que exceden de la competencia de este Tribunal, se consideran razonables y atendibles los argumentos que ofrece el órgano de contratación para justificar la exigencia de una antigüedad de las aeronaves inferior a 10 años. Es cierto que las aeronaves, como cualquier vehículo en general, son susceptibles de incorporar ciertas mejoras o avances tecnológicos que el propietario esté dispuesto a sufragar. Pero no es menos cierto que dichas adaptaciones tienen su límite no sólo en el coste económico que el propietario esté dispuesto a asumir, sino también en las propias características y limitaciones de la aeronave y en el desgaste o agotamiento de sus materiales.

Parece lícito exigir cierto grado de modernidad en las aeronaves que hayan de destinarse a la prestación de un servicio esencial y crítico como es el transporte sanitario aéreo, asumiendo la Administración contratante el correspondiente incremento del presupuesto del contrato para garantizar la calidad y modernidad en la prestación de dicho servicio.

Podría pensarse que este objetivo puede garantizarse mediante una regulación exhaustiva en el PPT de todos los concretos requisitos y exigencias técnicas exigibles a las aeronaves para alcanzar el grado de confort y modernidad exigidos. Pero, amén de la dificultad que, desde el punto de vista técnico, ello puede representar para el órgano de contratación, tampoco garantiza la adaptabilidad de la aeronave a los avances que se deriven de la evolución del estado de la ciencia en los 6 años de vigencia del contrato (adaptabilidad objetiva y razonablemente más factible en una aeronave de menor antigüedad), ni evita el riesgo (real, a tenor de lo manifestado por el órgano de contratación) de incidencias o interrupciones del servicio por averías o defectos sufridos

por el agotamiento o desgaste de los materiales de aeronaves antiguas, dotadas no obstante del correspondiente certificado de aeronavegabilidad.

Por todo lo expuesto, y siguiendo el criterio expresado por el Tribunal en supuestos análogos, procede desestimar este motivo de recurso.

Undécimo. La Asociación recurrente considera contraria a Derecho la cláusula 4 del PPT, que establece la obligación de contar, en cada una de las bases designadas por el órgano de contratación, con una serie de elementos operativos o relacionados con el alojamiento y descanso de las tripulaciones. En concreto, disponen los apartados 3 y 4 de la citada cláusula 4 del PPT lo siguiente:

“4.3. La empresa adjudicataria deberá contar al inicio del contrato con unas instalaciones adecuadas a la normativa en las ubicaciones donde se asigne la base de operaciones.

Estas instalaciones posibilitarán realizar las tareas de gestión documental diarias y descansos parciales en tierra de la tripulación en el caso que fueran necesarios y que los técnicos de mantenimiento puedan atender a su gestión documental y contener los útiles, repuestos y herramientas de trabajo (productos químicos, grasas, aceites, disolventes de limpieza, etc.) en lugares adecuados a la normativa vigente.

4.4. En las bases de operaciones el adjudicatario dispondrá de todo lo necesario para garantizar la actividad de las operaciones en las condiciones previstas en este pliego en cuanto a tiempos de movilización, material, dotación de personal. Para ello dispondrá a su cargo como mínimo de:

- Almacenes para material sanitario y electromédico.*
- Zona especializada, ventilada y con instalaciones, accesorios y elementos necesarios para la limpieza del material sanitario.*



- *Talleres con el material necesario para mantener las aeronaves en perfectas condiciones de vuelo y operatividad.*
- *Mesa de trabajo para la tripulación sanitaria que incluirá, mesa, silla y ordenador con conexión a Internet.*
- *Zonas de descanso para el personal que eviten irregularidades en las condiciones contractuales.*
- *Baño completo con ducha en espacio cerrado.*
- *Hangar para resguardo de la aeronave que permita las transferencias de pacientes, en aquellas ubicaciones que se encuentren dentro de instalaciones aeroportuarias.*

En sus ofertas las empresas presentarán una descripción detallada, incluyendo documentación gráfica de sus instalaciones, servicios de los que dispone y ubicación exacta, metros cuadrados del espacio y características de las instalaciones.”

La cláusula parcialmente transcrita impone a los licitadores la obligación de disponer de determinadas instalaciones en las bases aeroportuarias al inicio del contrato, e incluso antes, al tiempo de presentar sus ofertas, puesto que se exige expresamente incluir en ellas una descripción detallada de sus instalaciones, con indicación de los servicios de los que dispone, su ubicación exacta, extensión en metros cuadrados y características. El cumplimiento de dicha obligación puede resultar fácil para el actual adjudicatario o para empresas establecidas que, por venir prestando servicios similares en los concretos aeropuertos que designa el pliego, disponen ya de instalaciones al efecto. Sin embargo, constituye una auténtica barrera de entrada para los restantes licitadores, que tendrían que contratar y habilitar, como condición de acceso a la licitación de este contrato, espacios *ad hoc* en las bases aeroportuarias designadas.

Sin discutir la pertinencia de que el adjudicatario haya de disponer de las indicadas instalaciones (cuestión técnica en la que no corresponde entrar a este Tribunal), el propio órgano de contratación viene a reconocer dificultades prácticas para su exigencia



cuando, en el informe al presente recurso, aclara que *“se ha contestado en el periodo de preguntas que, en el caso de no disponer de espacios en las mencionadas plataformas, y ante la imposibilidad de poder tramitar la petición de la misma con el gestor aeroportuario hasta que no se sea adjudicatario, se le daría un plazo de 12 meses para la consecución de la misma”*.

El Tribunal considera que la actual redacción de la cláusula 4, apartados 3 y 4, del PPT, impone una obligación gravosa a los licitadores como condición de acceso a la licitación cuyo cumplimiento depende, además, de circunstancias ajenas a los propios licitadores, como son el llegar a ser adjudicatario del contrato y obtener las autorizaciones necesarias del gestor aeroportuario. La misma finalidad perseguida puede alcanzarse, a juicio del Tribunal, con una redacción que adapte expresamente el Pliego a la respuesta dada por el órgano de contratación en el aludido periodo de preguntas, y mediante una exigencia –compromiso de adscribir medios materiales (las indicadas instalaciones), en el plazo de 12 meses, por parte del adjudicador que resulte adjudicatario (artículo 64.2 del TRLCSP)–, que no restrinja indebidamente la concurrencia.

Por lo expuesto, procede estimar este motivo de recurso.

Duodécimo. La Asociación recurrente cuestiona, por último, la legalidad de la cláusula 5.1 del PPT, que cita un convenio colectivo que, a su juicio, no es el aplicable y que, con base en dicho convenio colectivo, alude indebidamente a la obligación de subrogación en las obligaciones relativas al personal adscrito a la prestación del servicio. La cláusula 5.1 del PPT dispone, concretamente, lo siguiente:

“La empresa adjudicataria queda obligada, en los términos que se contemplen en el convenio colectivo de aplicación (‘Convenio colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y de asistencia extrahospitalaria de las Illes Balears’ publicado en el POIB núm. 16, de 01/02/2004), a subrogarse en todas las obligaciones relativas al personal adscrito a la prestación del servicio objeto del contrato (ver punto 22.6 del PCAP).



En el Anexo 6 se indica, según información facilitada por la empresa actual, el listado de datos relativos al personal adscrito al servicio de transporte sanitario aéreo en las Islas Baleares. La situación del personal adscrito al servicio expresado en las tablas anteriores es la existente en el mes de octubre de 2017, según los datos facilitados por la empresa contratista”.

AECA HELICÓPTEROS sostiene que el convenio colectivo que resulta aplicable no es el mencionado en la cláusula 5.1 del PPT (Convenio colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y de asistencia extrahospitalaria de las Illes Balears), sino el Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación, cuyo ámbito funcional se extiende (artículo 2) a *“las actividades relacionadas con la prestación de servicios de transporte aéreo y/o trabajos aéreos con helicópteros, actividades de mantenimiento, pesado y línea, de helicópteros y otras aeronaves...”*, incluyendo en la enumeración que, a título enunciativo, efectúa seguidamente el *“Transporte sanitario medicalizado”*.

Sostiene la recurrente que, para determinar el convenio colectivo aplicable hay que estar al que corresponda con el ámbito funcional, personal y territorial propio de la actividad que desarrolla la empresa, dando prevalencia al que corresponda a su actividad principal y, en caso de múltiple actividad del objeto social escriturado, habrá que estar a la actividad real preponderante. Y si existen varias actividades principales, separadas y autónomas, regirá el principio de especificidad, lo que supone la exclusión de la idea de unidad de convenio colectivo de empresa.

El órgano de contratación indica en su informe al recurso que considera aplicable el Convenio colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y de asistencia extrahospitalaria de las Illes Balears, mencionado en la cláusula 5.1 del PPT, porque su artículo 1 lo declara aplicable a *“los trabajadores/as y empresas dedicadas al transporte sanitario terrestre, aéreo, marítimo de enfermos y/o accidentados así como el transporte de órganos, sangre, muestras biológicas y equipos médicos”*. Reconoce, no obstante, que se trata de una cuestión doctrinal polémica sobre la que corresponde pronunciarse a la Jurisdicción social.



Hasta que no entre en vigor la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, se Contratos del Sector Público, y careciendo de efecto directo en este punto la Directiva 2014/24/UE, resulta aplicable el artículo 120 del todavía vigente TRLCSP y la doctrina de este Tribunal sobre el alcance de dicho precepto, con arreglo al cual *“En aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales, el órgano de contratación deberá facilitar a los licitadores, en el propio pliego o en la documentación complementaria, la información sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida. A estos efectos, la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato a adjudicar y que tenga la condición de empleadora de los trabajadores afectados estará obligada a proporcionar la referida información al órgano de contratación, a requerimiento de éste.”*

Efectivamente, en las Resoluciones 411/2017, de 5 de mayo, y 417/2017, de 12 de mayo, tras afirmarse, con cita de las Resoluciones 1037/2016, de 16 de diciembre, y 167/2017, de 10 de febrero, la falta de efecto directo del artículo 18 de la Directiva 2014/24/UE (que exige respetar, en los contratos del sector público, las obligaciones laborales establecidas en el Derecho de la Unión, el Derecho nacional, y los convenios colectivos), se indica que resulta necesario que por el Estado se desarrolle dicho precepto en las normas dictadas en transposición de la Directiva. Y que, *“entre tanto, es reiterada la doctrina del Tribunal que se muestra contraria a la necesidad de incluir en los pliegos exigencias relativas a la obligatoria aplicación de los convenios colectivos pues, tal y como se declaró en las Resoluciones 329/2017, de 6 de abril, o 11/2017, de 13 de enero, ‘El TRLCSP no establece que la designación del convenio colectivo aplicable deba formar parte del contenido de los pliegos reguladores del contrato. Además, una designación acertada o equivocada en modo alguno alteraría el convenio colectivo de aplicación, que es una cuestión ajena a la contratación administrativa’. Cabe añadir que, como se indicó en las Resoluciones 788/2014, de 24 de octubre, y 309/2017, de 31 de marzo, ‘el cumplimiento de la normativa laboral es una cuestión relativa a la ejecución del contrato’.”*



En el presente caso concurren dos convenios colectivos que, conforme a sus respectivos ámbitos de aplicación, podrían resultar aplicables al contrato objeto de recurso. Así, por una parte, el Convenio colectivo del sector del transporte de enfermos y accidentados en ambulancia y asistencia extrahospitalaria de las Illes Balears, al que remite la cláusula 5.1 del PPT impugnado, se declara expresamente aplicable al transporte sanitario aéreo de enfermos y/o accidentados; por su parte, el Convenio colectivo para el transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación, que la Asociación recurrente considera aplicable, extiende su ámbito de aplicación al transporte aéreo medicalizado.

La cuestión resulta aún más compleja a la vista de las reglas de complementariedad y norma más favorable, complementariedad y supletoriedad y atribución de competencias que, con base en los artículos 83 y 84 del Estatuto de los Trabajadores, se establecen en los artículos 10 y siguientes del Convenio colectivo para el sector del transporte y trabajos aéreos con helicópteros, su mantenimiento y reparación que AECA HELICÓPTEROS considera aplicable al caso, y que tienen la finalidad de regular los supuestos de concurrencia de dicho convenio con otros con los que, de acuerdo con la normativa en vigor, pudiera concurrir.

Es doctrina reiterada de este Tribunal la que sostiene que, respecto a la interpretación del artículo 120 del TRLCSP, que *“la obligación o no de subrogar a los trabajadores vendrá o no impuesta por las disposiciones legales y convencionales en cada caso aplicables, y no por el propio Pliego, que en ningún caso puede por sí imponer esa medida por tener un contenido estrictamente laboral, de manera el órgano de contratación lo que debe hacer es, en el caso de que exista dicha obligación, informar en el Pliego o en la documentación complementaria ‘sobre las condiciones de los contratos de los trabajadores a los que afecte la subrogación que resulte necesaria para permitir la evaluación de los costes laborales que implicará tal medida’ (artículo 120 TRLCSP).*

(...)



Decíamos en la Resolución 375/2016, de 13 de mayo, que el criterio de este Tribunal, teniendo siempre presente que no incumbe al órgano de contratación hacer pronunciamientos sobre la existencia y el alcance de la obligación laboral de subrogación, ha sido y es, el de entender que siempre que exista al menos la apariencia de que puede existir dicha obligación, el órgano de contratación debe requerir, con arreglo al artículo 120 del TRLCSP, de la empresa que viniese efectuando la prestación objeto del contrato que se licita y que tuviera la condición de empleadora de los trabajadores afectados, la información sobre las condiciones de los contratos de tales trabajadores, así como a hacer constar dicha información en el Pliego o en la documentación complementaria.

De acuerdo con la doctrina expuesta, ninguna infracción concurre por el hecho de que el pliego mencione, *ad cautelam*, una obligación de subrogación laboral impuesta en un convenio colectivo potencialmente aplicable, máxime cuando la cláusula 5.1 del PPT establece dicha obligación “*en los términos que se contemplen en el convenio colectivo de aplicación*”, y con remisión expresa a la cláusula 22.6 del PCAP, que configura también dicha subrogación laboral en términos hipotéticos: “*en los casos en que así lo exija la normativa vigente, el contratista tendrá la obligación de subrogarse como empleador en las relaciones laborales de los trabajadores*”. Todo ello sin perjuicio de la competencia que corresponde a los órganos de la Jurisdicción Social para decidir, en caso de discrepancia, el convenio colectivo aplicable y la existencia o no de subrogación laboral.

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 nombre y representación de la Asociación Española de Compañías Aéreas de Helicópteros y Trabajos Aéreos (AECA HELICÓPTEROS), contra los Pliegos aplicables a la



contratación del “*Servicio de Transporte sanitario aéreo en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares*” (Expediente SSCC PN 328/17), limitándose la estimación parcial a la necesidad de que el PCAP recoja la ponderación aplicable a los criterios de adjudicación del apartado K del cuadro de características, y a la actual redacción de las cláusulas 4.3. y 4.4 del PPT, en el sentido indicado en los Fundamentos de Derecho Noveno.B y Undécimo de la presente Resolución, desestimando los restantes motivos de recurso.

Segundo. Levantar la medida cautelar consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. 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. 47.5 TRLCSP.

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 Tribunal Superior de Justicia de Illes Balears, 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.