Recurso nº 654 y 658/2018
Resolución nº 1071/2018

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 23 de noviembre de 2018.

VISTOS los recursos interpuestos por D. E. G. P. en nombre de AGILITY SPAIN, S.A. y por D. J. G. B. en nombre de HIPERTRANS, S.A. contra los pliegos rectores de la licitación de los lotes I y II de los comprendidos en el *"Acuerdo Marco de servicios de operador logístico del Ministerio de Defensa"* (expediente 2018/JCMDEF/00000001), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Con fecha de 13 de junio de 2018, se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea anuncio relativo a la licitación mediante procedimiento restringido, por parte de la Junta Contratación del Ministerio de Defensa, del Acuerdo Marco de servicios de operador logístico del citado Departamento (expediente 2018/JCMDEF/00000001).

Consta igualmente la publicación de los correspondientes anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público (11 de junio de 2018) y en el Boletín Oficial del Estado (16 de junio de 2018)

Segundo. El valor estimado del acuerdo marco asciende a 241.800.000 €, siendo la duración prevista de cuatro años, más dos posibles prórrogas anuales.

Tercero. La cláusula segunda del Pliego describe la prestación en los términos siguientes:

<<La prestación objeto de este acuerdo marco es la que se define en los Pliegos de Prescripciones Técnicas –PPT- de este expediente y que se relacionan a continuación:

- Código de vocabulario común (CPV) genérico para el acuerdo marco: 60000000

AVDA. GENERAL PERÓN 38, 8ª PLTA.
28071 - MADRID
TEL: 91.349.13.19
FAX: 91.349.14.41
Tribunal_recursos.contratos@hacienda.gob.es

- Código de clasificación estadística (CPA-2002): 63

De conformidad con el artículo 67 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas –en adelante, RGLCAP-, la licitación se realizará por lotes, dividiéndose el objeto del expediente en:

- Lote 1: Servicios logísticos internacionales (CPV 60000000-8 Servicios de transporte).

- Lote 2: Servicios logísticos nacionales (CPV 60000000-8 Servicios de transporte).

- Lote 3: Servicios de transporte marítimo de mercancías entre península (Málaga y Almería) y Melilla (CPV 60640000-6. Transportes marítimos).

- Lote 4: Servicios de transporte marítimo de mercancías entre península (Algeciras) y Ceuta (CPV 60640000-6. Transportes marítimos).

- Lote 5: Servicios de transporte marítimo de mercancías entre península (Valencia) y Baleares (Palma de Mallorca) (CPV 60640000-6. Transportes marítimos).

- Lote 6: Servicios de transporte marítimos de mercancías entre península (Cádiz) y Canarias (Las Palmas de Gran Canaria) (CPV 60640000-6. Transportes marítimos).

- Lote 7: Apoyos operativos y administrativos relacionados con los servicios logísticos de los Lotes 1 y 2. (CPV principal: 71356300-1; CPV secundarios: 72224000-1. Servicios de consultoría en gestión de procesos; 794200004. Servicios relacionados con la gestión, 71356200-0. Servicios de asistencia técnica).

[…]

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 67.2. b) del RGLCAP, las necesidades administrativas a satisfacer mediante el presente acuerdo marco son las de establecer las condiciones generales del servicio de operador logístico con un único empresario en cada lote, bajo las que se celebrarán posteriormente los contratos basados para la gestión logística del transporte de material.>>

Cuarto. Por su parte, el apartado 1.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas especifica cuál es el alcance los servicios logísticos que se pretende contratar:

<<Los servicios logísticos objeto de este expediente son los siguientes:

- *Servicios de transporte de material empleando medios aéreos, marítimos y/o terrestres, realizando actividades de recepción, control, gestión, almacenamiento, embalaje, consolidación de envíos, etiquetaje, manipulación y envío del material.*
- *Servicios de agente transitario y agente de aduanas, planificando y ejecutando todos los procesos de transporte y gestión aduanera que requieren los envíos de material del MINISDEF.*
- *Servicios de apoyo operativo y administrativo relacionados con el transporte de material, gestión aduanera, comercio exterior, aseguramiento del material así como otras materias del ámbito de los servicios logísticos.>>*

Quinto. El mismo Pliego de Prescripciones Técnicas especifica en su apartado 1.2 los servicios de cada uno de los lotes, señalando, a los efectos que aquí nos interesan:

<<LOTE I: SERVICIOS LOGÍSTICOS INTERNACIONALES

Objeto: Servicios logísticos que sean necesarios para apoyar, cuando así se requiera, el despliegue, sostenimiento y repliegue de las Unidades/contingentes/organismos del MINISDEF, OOAA y el CNI, que deban participar en operaciones y ejercicios, así como cualquier otro tipo de actividades que se demanden en el marco de los servicios de transporte internacional de material.

LOTE II: SERVICIOS LOGÍSTICOS NACIONALES

Objeto: Servicios logísticos que sean necesarios para apoyar, cuando así se requiera, a las Unidades/contingentes/organismos del MINISDEF, OOAA y el CNI, que deban participar en ejercicios así como cualquier otro tipo de actividades que se demanden en el marco de los servicios de transporte nacional de material.

Quedan excluidos del objeto de este lote los servicios de transporte marítimo en línea regular incluidos en los lotes III, IV, V y VI.

(…)

LOTE VII: APOYOS OPERATIVOS Y ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS CON LOS SERVICIOS LOGÍSTICOS DE LOS LOTES I y II

Objeto: Servicios de apoyo operativos y administrativos relacionados, exclusivamente, con el transporte de material, gestión aduanera, comercio exterior y aseguramiento del material en el ámbito de los servicios logísticos definidos en los Lotes I y II.

Los servicios incluidos en este lote serán complementarios y adicionales a todas las actividades prestadas por los Adjudicatarios de los lotes I y II.>>

Sexto. En cuanto a los servicios comprendidos en el Lote II, se refiere a ellos el apartado 4.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas:

<<Se define como Transporte Nacional aquel que tiene como punto de origen y punto de destino una ubicación dentro del territorio nacional.

Se considerarán Servicios Logísticos Nacionales aquellos que están relacionados con el transporte nacional de material.>>

Séptimo. La definición anterior es completada en el apartado 4.5, en el que se lee:

<<4.5. SERVICIOS LOGÍSTICOS INCLUIDOS

Cualquiera de los recogidos en el Anexo 1 "Catálogo de servicio" para el Lote II, en concreto:

- *Servicios aéreos*

AN-01: Transporte de carga en aeronaves no dedicadas

- *Servicios marítimos*

MN-01: Transporte marítimo mediante buque dedicado

MN-02: Transporte marítimo en contenedor completo FCL (Full Container load)

MN-03: Transporte marítimo en contenedor compartido LCL (Less Container Load)

- *Servicios terrestres*

TN-01: Transporte en vehículo dedicado "Tipo A" (capacidad 8 m3 y un PMA de 1.300 kg)

TN-02: Transporte en vehículo dedicado "Tipo B" (capacidad 24 m3 y un PMA de 3.500 kg)

TN-03: Transporte en vehículo dedicado "Tipo C" (contenedor 20´)

TN-04: Transporte en vehículo dedicado "Tipo D" (contenedor 40´)

TN-05: Transporte en vehículo dedicado "Tipo E" (PMA de 24.000 kg)

TN-06: Transporte en vehículo dedicado "Tipo F" (PMA de 40.000 kg)

TN-07: Transporte en vehículo dedicado "Tipo G" (PMA de 70.000 kg)

TN-08: Transporte por carretera no dedicado en grupaje

TN-09: Transporte por carretera de ganado equino

- *Servicios complementarios*

CN-01: Servicio de mensajería tipo "Hand Courier"

CN-02: Almacenamiento temporal

CN-03: Custodia

CN-04: Escolta técnica

CN-05: Trámites aduaneros.>>

Octavo. Por lo que hace a las prestaciones del Lote II, aparecen detalladas en el Anexo 1 del Pliego de Prescripciones Técnicas en los términos que siguen:

- AN-01: Transporte de carga en aeronaves no dedicadas.- "

<<Características generales:

Servicio de transporte aéreo de material "puerta a puerta". Se considerará el transporte de carga en aeronaves no dedicadas como los servicios realizados bien en líneas aéreas comerciales de transporte de pasajeros o bien de carga aérea ya programados en los que es posible reservar un espacio para carga parcial".

El material a transportar podrá consistir en bultos de poco peso y/o pequeñas dimensiones (servicios de pasajeros), o bien en cualquier tipo de contenedor de grandes dimensiones, así como carga rodada (servicios de carga aérea).>>

<<Servicios Incluidos:

- *Transporte de la carga desde el aeropuerto de origen hasta el aeropuerto de destino (transporte principal).*
- *Manipulación de la carga o THC (Terminal Handling Charge), incluyendo los servicios de carga y descarga de la mercancía en la aeronave.*
- *Este servicio se prestará como parte de un servicio más amplio de recogida y entrega de material "puerta a puerta" combinado con otros servicios adicionales terrestres que serán facturados empleando el servicio logístico correspondiente (Ej. Transporte por carretera en grupaje TN-08).*
- *Los servicios adicionales incluirán el traslado de la mercancía desde el lugar de origen al aeropuerto de partida y desde el aeropuerto de llegada al punto final donde se entregue la mercancía.>>*

- MN-01: Transporte marítimo mediante buque dedicado.-

<<Características generales:

Servicio de flete de buque de carga en exclusividad para el transporte de material desde puerto de origen a puerto de destino>>

<<Servicios incluidos:

- *Transporte de la carga desde el puerto de origen hasta el puerto de destino en buque dedicado (transporte principal).*
- *Manipulación de la carga o THC (Terminal Handling Charge) incluyendo los servicios de carga, estiba, desestiba y descarga de la mercancía en el buque en los puertos de origen y destino.>>*

- MN-02: Transporte marítimo en contenedor completo FCL (Full Container load).-

<<Características generales:

Servicio de transporte marítimo de carga compartida en contenedor estándar de 20 o 40 pies desde puerto de origen a puerto de destino>>.

<<Servicios incluidos:

- *Transporte de contenedores desde el puerto de origen hasta el puerto de destino (transporte principal).*
- *Manipulación de la carga o THC (Terminal Handling Charge) incluyendo los servicios de carga, estiba, desestiba y descarga de los contenedores al buque en los puertos de origen y destino.*
- *Este servicio se prestará como parte de un servicio más amplio de recogida y entrega de material "puerta a puerta" combinado con otros servicios adicionales terrestres que serán facturados empleando el servicio logístico correspondiente (Ej. Transporte por carretera en grupaje TN-08).*
- *Los servicios adicionales incluirán el traslado de la mercancía desde el lugar de origen al puerto de partida y desde el puerto de llegada al destino final donde se entregue la mercancía.>>*

- MN-03: Transporte marítimo en contenedor compartido LCL (Less Container Load).-

<<Características generales:

Servicio de transporte marítimo de carga compartida en contenedor estándar de 20 o 40 pies desde puerto de origen a puerto de destino.>>

<<Servicios incluidos:

- *Transporte en contenedor compartido o grupaje marítimo desde el puerto de origen hasta el puerto de destino (transporte principal).*
- *Manipulación de la carga o THC (Terminal Handling Charge) incluyendo los servicios de carga, estiba, desestiba y descarga de los contenedores al buque en los puertos de origen y destino.*
- *Este servicio se prestará como parte de un servicio más amplio de recogida y entrega de material "puerta a puerta" combinado con otros servicios adicionales terrestres que serán facturados empleando el servicio logístico correspondiente (Ej. Transporte por carretera en grupaje TN-08).*
- *Los servicios adicionales incluirán el traslado de la mercancía desde el lugar de origen al puerto de partida y desde el puerto de llegada al destino final donde se entregue la mercancía.>>*

- TN-01: Transporte en vehículo dedicado "Tipo A" (capacidad 8 m3 y un PMA de 1.300 kg).-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre de carga en exclusividad para el transporte de material "puerta a puerta"

Especificaciones técnicas: Vehículo con capacidad de hasta 8 m3 y un peso máximo autorizado de 1.300 kg.>>.

<<Servicios incluidos:

- *Transporte desde el punto de origen hasta el punto de destino.*
- *Manipulación de la carga (carga y descarga de la mercancía).>>*

- TN-02: Transporte en vehículo dedicado "Tipo B" (capacidad 24 m3 y un PMA de 3.500 kg).-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre de carga en exclusividad para el transporte de material "de puerta a puerta".

Especificaciones técnicas: Vehículo con capacidad de hasta 24m3 y un peso máximo autorizado de 3.500 kg. La carga podrán ser bultos o paquetes y podrá ir paletizada.>>

<<Servicios incluidos:

Ver apartado "servicios incluidos" en identificador TN-01>>.

- TN-03: Transporte en vehículo dedicado "Tipo C" (contenedor 20´).-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre de carga en exclusividad para el transporte de material "puerta a puerta".

Especificaciones técnicas: Vehículo con capacidad de peso máximo autorizado de 12Tn. La carga irá en contenedor de 20 pies. Se incluyen todos los tipos de contenedores estándar (open top, reefer, flat track, isotérmico,…)>>

<<Servicios incluidos:

Ver apartado "servicios incluidos" en identificador TN-01>>

- TN-04: Transporte en vehículo dedicado "Tipo D" (contenedor 40´).-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre de carga en exclusividad para el transporte de material "puerta a puerta".

Especificaciones técnicas: Vehículo con capacidad de peso máximo autorizado de 25Tn. La carga irá en contenedor de 40 pies (o dos de 20 pies). Se incluyen todos los tipos de contenedores estándar (open top, reefer, flat track, isotérmico,…).>>;

<<Servicios incluidos:

Ver apartado "servicios incluidos" en identificador TN-01>>

- TN-05: Transporte en vehículo dedicado "Tipo E" (PMA de 24.000 kg).-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre de carga en exclusividad para el transporte de material sobredimensionado "puerta a puerta".

Especificaciones técnicas: Vehículo conjunto tractocamión con semirremolque góndola con capacidad máxima de 24 Tn. Deberán disponer de rampas de acceso y dispositivos electromecánicos para la carga y descarga de los mismos, ya sea de forma autónoma o asistida cuando sea necesario. La mercancía a transportar podrán ser vehículos de ruedas, ligeras, medios y pesados, vehículos acorazados con cadenas, vehículos blindados y máquinas de ingenieros de ruedas y cadenas y helicópteros.>>

<<Servicios incluidos:

Ver apartado "servicios incluidos" en identificador TN-01>>

- TN-06: Transporte en vehículo dedicado "Tipo F" (PMA de 40.000 kg).-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre de carga en exclusividad para el transporte de material sobredimensionado "puerta a puerta".

Especificaciones técnicas: Vehículo conjunto tractocamión con semirremolque góndola con capacidad máxima de 40 Tn. Deberán disponer de rampas de acceso y dispositivos electromecánicos para la carga y descarga de los mismos, ya sea de forma autónoma o asistida cuando sea necesario. La mercancía a transportar podrán ser vehículos de ruedas, ligeras, medios y pesados, vehículos blindados, vehículos acorazados con cadenas, y máquinas de ingenieros de ruedas y cadenas y helicópteros.>>

<<Servicios incluidos:

Ver apartado "servicios incluidos" en identificador TN-01>>

- TN-07: Transporte en vehículo dedicado “Tipo G” (PMA de 70.000 kg).-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre de carga en exclusividad para el transporte de material sobredimensionado desde el punto de origen hasta el punto de destino”; los servicios incluidos son los mismos que en el TN-01.

Especificaciones técnicas: Vehículo conjunto tractocamión con semirremolque góndola con capacidad máxima de 70 Tn. La mercancía a transportar podrán ser vehículos de ruedas, ligeras, medios y pesados, vehículos acorazados con cadenas, vehículos blindados y máquinas de ingenieros de ruedas y cadenas y helicópteros.>>

<<Servicios incluidos:

Ver apartado “servicios incluidos” en identificador TN-01>>

- TN-08: Transporte por carretera no dedicado en grupaje.-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre en vehículo con carga compartida para el transporte de “puerta a puerta”.>>

<<Servicios incluidos:

- *Transporte de mercancía en grupaje desde el punto de origen hasta el punto de destino.*
- *Manipulación de la carga (carga y descarga de la mercancía).>>*

- TN-09: Transporte por carretera de ganado equino-

<<Características generales:

Servicio de transporte terrestre de carga en exclusividad para el transporte de ganado equino y canino desde el punto de origen hasta el punto de destino.

Especificaciones técnicas: Vehículo con capacidad para el transporte de ganado equino. Se considerará ganado equino a caballos, burros, yeguas y mulas.>>

<<Servicios incluidos:

- *Transporte del ganado desde el punto de origen hasta el punto de destino.*
- *Establecimiento de los puestos de control obligatorios.*
- *Mantenimiento del nivel de bienestar de los animales durante el traslado.*
- *Facilitar alimento y agua a los animales, así como los periodos de descanso necesarios.>>*

- CN-01: Servicio de mensajería tipo "Hand Courier".-

<<Características generales:

Servicio de transporte urgente puerta a puerta realizado por una persona dedicada, principalmente por vía aérea en líneas regulares. La mercancía a transportar podrán ser bultos o paquetes que no superen los 20 kg.>>

<<Servicios incluidos:

- *Recogida y entrega en mano de la documentación o mercancía.>>*

- CN-02: Almacenamiento temporal.-

<<Características generales:

Servicio de almacenamiento temporal de la mercancía.>>

<<Servicios incluidos:

- *Carga y descarga de la mercancía.*
- *Almacenamiento de la carga.*
- *Custodia y vigilancia de la misma.>>*

- CN-03: Custodia.-

<<Características generales:

Servicio de vigilancia del material transportado por sus especiales características.>>

<<Servicios incluidos:

Custodia de material criptográfico en general.>>

- CN-04: Escolta técnica.-

<<Características generales:

Servicio de escolta para los servicios de transporte de materiales que lo requieran.>>

<<Servicios incluidos:

- *Custodia.*
- *Manipulación de la carga en caso de que sea necesario.*
- *Actuación ante posibles incidentes.>>*

- CN-05: Trámites aduaneros.-

<<Características generales:

Gestión administrativa de los trámites aduaneros necesarios.>>

<<Servicios incluidos:

- *Gestionar todo el procedimiento de presentación, tramitación y despacho de declaraciones aduaneras mediante DUA (Documento Único Administrativo).*
- *Mantener al MINISDEF puntual y debidamente informado sobre cualquier incidencia ocurrida durante la gestión de los despachos, proporcionando las soluciones más adecuadas cuando sea necesario.*
- *Comprobar los procedimientos aduaneros vigentes en los países donde se transporte material e informar inmediatamente al MINISDEF en caso de que se produzca algún*

cambio eventual en la regulación o en los procedimientos que afecten o puedan afectar a sus transportes.>>

Noveno. El Apartado 10 del Pliego de prescripciones técnicas especifica cuáles son los servicios de apoyo que se comprenden en el lote VII:

<<10.2. ALCANCE

Se incluyen en el alcance de este lote tres (3) tipos de servicios de apoyo:

□ Apoyos administrativos directamente vinculados a los servicios logísticos de los lotes I y II.

□ Apoyos técnico-operativos relacionados con las actividades incluidas en los servicios logísticos de los lotes I y II.

□ Apoyos en la catalogación de mercancías.

Los servicios anteriormente descritos serán complementarios y adicionales a las actividades prestadas por los Adjudicatarios de los lotes I y II.

10.3. ESPECIFICACIONES DE LOS SERVICIOS DE APOYO

Las actividades incluidas dentro de los servicios serán:

Para los servicios de apoyo administrativos:

□ Tramitación y gestión de documentación logística y su registro informático.

□ Gestión y control de albaranes.

□ Actualización de la información logística en los sistemas de gestión del MINISDEF.

□ Digitalización de la documentación referida a los servicios de operador logístico.

□ Otros de carácter similar a los anteriores.

Para los servicios de apoyo técnico-operativos:

□ Clasificación, recuento e identificación de material.

□ Gestión, manejo, pesaje y manipulación del material en instalaciones del MINISDEF.

□ Asistencia para la tramitación de solicitudes y posterior seguimiento de los envíos de material.

□ Control y seguimiento de la calidad de los servicios de operador logístico.

□ Otros de carácter similar a los anteriores.

Para los servicios de catalogación:

□ Recibir, revisar y enviar transacciones de catalogación de mercancías.>>

Décimo. La memoria que figura en el expediente de contratación describe los lotes del acuerdo marco en su apartado 6, denominado "Estructura del nuevo acuerdo marco", en el que, entre otros extremos, se lee:

<<6. ESTRUCTURA DEL NUEVO ACUERDO MARCO

[…]

- *Lote I*

- SERVICIOS LOGÍSTICOS INTERNACIONALES:

Recoge el antiguo Lote 1, es decir, todos los servicios logísticos que se desarrollan fuera de Territorio Nacional (TN). Tienen su origen en España y destino en el extranjero o viceversa, así mismo recogen aquellos que se desarrollan en su integridad fuera de España. A efectos de determinar el precio de estos servicios, se considerará que está determinado por todos los que sean necesarios para finalizar la misión independientemente de que algunos puedan tener lugar en territorio nacional.

[…]

Por ejemplo:

Traslado de un contenedor cargado de repuestos desde Madrid, almacén de Barajas, hasta la Base Naval de Submarinos en Conneticut.

1. Transporte terrestre desde Madrid al puerto de Cádiz.

2. Transporte marítimo desde Cádiz al puerto de Nueva York.

3. Transporte terrestre desde Nueva York hasta la base naval en Conneticut.

Se trata de un servicio internacional amparado por este lote aunque exista un movimiento (Madrid-Cádiz) de carácter nacional.

Recoge la parte del antiguo Lote 2 que se desarrollaba en el extranjero, fundamentalmente los movimientos derivados de los grandes Programas Internacionales: FMS, NSPA, NETMA, KOPLOG, etc.

- *Lote II*

- SERVICIOS LOGÍSTICOS NACIONALES:

Recoge la parte del antiguo Lote 2 que se desarrollaba íntegramente dentro de TN, fundamentalmente todo el movimiento inter-BAEs de materiales, pertrechos, repuestos, etc. Incluye también el movimiento de material clasificado.

Se le incorpora el AM del ET de: Transporte por carretera de vehículos, ganado equino y material al servicio del ET.

Al rebajarse el ámbito geográfico de aplicación de este Lote y el menor "calado" de las funciones que se van a desarrollar dentro de su alcance, se va a permitir un previsible incremento de licitadores y el acceso de PYMEs al expediente.

(…)

- *Lote VII*

- APOYOS OPERATIVOS Y ADMINISTRATIVOS RELACIONADOS CON LOS SERVICIOS LOGÍSTICOS DE LOS LOTES I Y II.

Se recogen servicios operativos y administrativos relacionados, exclusivamente, con el transporte de material, gestión aduanera, comercio exterior y aseguramiento del material en el ámbito de los servicios logísticos definidos en los Lotes I y II.

Estos servicios se incluían anteriormente de forma laxa en el objeto del antiguo Lote 2, ahora se tipifican, limitan y tarifican con exactitud en el alcance de este nuevo Lote:

□ Apoyos administrativos directamente vinculados a los servicios logísticos de los lotes I y II.

□ Apoyos técnico-operativos relacionados con las actividades incluidas en los servicios logísticos de los lotes I y II.

□ Apoyos en la catalogación de mercancías.

Para lo anterior se han definido los siguientes perfiles: […].>>

Undécimo. Por otro lado, el Pliego de cláusulas administrativas particulares dispone en su cláusula 18, dedicada a la presentación de documentos:

<<CLÁUSULA 18

La presentación de proposiciones presume por parte del licitador, la aceptación incondicionada de las cláusulas de este Pliego y la declaración responsable de que reúne todas y cada una de las condiciones exigidas para poder contratar con la Administración.

Para los lotes I al VI, los licitadores presentarán, del modo que se establece a continuación, DOS SOBRES cerrados e identificados en su exterior:

- SOBRE Nº 1.- Documentación General.

- SOBRE Nº 2.- Oferta económica y técnica.

Para el lote VII, los licitadores presentarán, del modo que se establece a continuación, TRES SOBRES cerrados e identificados en su exterior:

- SOBRE Nº 1.- Documentación General.

- SOBRE Nº 2.- Oferta económica y técnica.

- SOBRE Nº 3.- Criterios cualitativos.

[…]

SOBRE Nº 1.- DOCUMENTACIÓN GENERAL. -

En el Sobre número 1 se deberá presentar la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos (art. 140 LCSP), de la siguiente forma (la documentación se sistematiza en Grupos para facilitar su gestión), todo ello sin perjuicio de que, en virtud de lo dispuesto en el art. 95 LCSP, la Junta de Contratación del MINISDEF pueda recabar aclaraciones sobre los documentos presentados, o requerir para la presentación de otros complementarios:

GRUPO 8

HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL

Este GRUPO 8 se exige únicamente para los lotes I y II. Deberá acreditarse la siguiente HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL exigible para la realización de la prestación que constituye el objeto del contrato, de acuerdo con el art. 65.2 LCSP:

G. Certificado de Operador Económico Autorizado Simplificaciones Aduaneras, expedido por la Agencia Tributaria (Aduanas e Impuestos Especiales) u organismo equivalente de los países miembros de la UE.

H. Autorización expedida por el Ministerio correspondiente para el desarrollo de las Actividades de Transitario, Transportista y Almacenaje-Distribución según Ley 16/1987, de 30 de julio sobre Ordenación de los Transportes Terrestres y demás disposiciones vigentes, que le acredite como Transitario Comunitario entre países de la U.E. y de la E.F.T.A., conforme al

D.O.C.E. no 226/15 , de 13 de agosto de 1987 y los Reglamentos no 1062 y 2823 que establecen el Régimen de Tránsito Común y Tránsito Comunitario.

GRUPO 9

HABILITACIONES DE SEGURIDAD

Este GRUPO 9 se aplica exclusivamente a los lotes I, II y VII. Deberá acreditarse lo siguiente, en los casos indicados:

1. Para empresas españolas:

1.1. Misiones del OPLOG que impliquen el manejo de información clasificada nacional (LOTES I, II y VII):

1.1.1. Estar en posesión de Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM) en grado de RESERVADO y Habilitación de Seguridad de establecimiento (HSES), en dicho grado.

1.1.2. Disponer de suficiente personal (al menos 4, Jefe de Seguridad del Servicio de Protección –JSSP- y del suplente, así como el Jefe de Seguridad del Órgano de Control y el suplente) con Habilitación Personal de Seguridad (HPS) de igual o superior grado que la información clasificada manejada o almacenada.

1.1.3. Para el manejo de material nacional de cifra, el licitador deberá disponer de personal con HPS de esta especialidad (al menos 1), de igual o superior grado que el asignado a dicho material.

1.2. Misiones del OPLOG que impliquen el manejo de información clasificada OTAN, UE, ESA o cedida por países terceros al amparo de un Acuerdo para la Protección de Información Clasificada (LOTES I, II y VII):

1.2.1. Disponer de la Habilitación de Seguridad de Empresa (HSEM) en grado NATO SECRET, UE SECRET, ESA SECRET y Habilitación de Seguridad de establecimiento (HSES) en dicho grado.

1.2.2. Para el manejo de material cifrado de OTAN/UE/ESA, el licitador deberá disponer de personal con HPS en esa especialidad (al menos 1), de igual o superior grado que el asignado a dicho material.

Todas las Habilitaciones de Seguridad deberán ser acreditadas documentalmente en el momento de presentar de la oferta, dentro del sobre nº 1.

Las exigencias recogidas en los puntos 1.1.3 y 1.2.2 pueden acumularse en el personal de 1.1.2.

[…]

3. Para el caso de UTE:

Para el caso de empresarios que concurran agrupados en "Uniones temporales de empresas" (UTE,s), y debido al contenido de las prestaciones a desarrollar en los contratos objeto del acuerdo marco, para las acreditaciones de seguridad indicadas anteriormente , se establecen las siguientes normas:

3.1. Acreditación de seguridad de empresa (HSEM): Se precisará que alguna de las empresas participantes en la UTE tenga la correspondiente HSEM. Una vez adjudicado el contrato, todas las empresas de la UTE deberán disponer de la HSEM correspondiente.>>

Duodécimo. En relación a los requisitos de seguridad a los que alude la cláusula 18 transcrita en el ordinal precedente, la memoria que obra en el expediente de contratación, en su apartado 7, indica:

<< 7.2. PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES

[…]

7.2.4. EN CUANTO A LOS REQUISITOS DE SEGURIDAD DE LA INFORMACIÓN

Se han revisado exhaustivamente los requisitos de seguridad con el objetivo de exigir aquellos que realmente puedan resultar necesarios para la ejecución del expediente.

Por ello se ha declarado RESERVADO el AM para los Lotes I, II y VII, excluyendo de esta catalogación al resto. Así se exige la Habilitación de Empresa (HSEM), la de Establecimiento (HSES) y un número mínimo y ajustado a norma10 de la Habilitación Personal (HSP). Dentro de estas últimas se contemplan también las necesarias para el manejo de información clasificada OTAN, UE, ESA, en grado NATO SECRET y la de especialidad de cifra.

Exclusivamente para el LOTE I, y como consecuencia de que sus contratos basados implican el manejo de materias clasificadas en EEUU, el adjudicatario, para proceder a la formalización del acuerdo marco, deberá estar en posesión de la acreditación de seguridad con el Departamento de Estado de los EE.UU. para la recepción y manejo de material clasificado con el grado de "SECRET" de acuerdo con la instrucción DoD 5220.22-M.>>

Decimotercero. Los derechos y obligaciones del contratista aparecen contemplados, entre otras, en la cláusula 36, en la que se lee, en lo que aquí interesa:

<<CLÁUSULA 36. Derechos y obligaciones.

Los derechos y obligaciones derivados de este AM son los que se establecen en este Pliego, en el PPT, y en las disposiciones y normas contenidas en la legislación sobre contratación pública en vigor que sea de aplicación.

[…]

El contratista será responsable de los bienes, equipos, materiales, etc. sobre los que realiza el servicio y deberá responder de los daños, perdidas, robos, desperfectos, deterioros, etc. de cualquier índole que sufran mientras preste el servicio requerido. En el caso que se den los hechos anteriores deberá reponer el bien o indemnizar por el valor de reposición.

En la ejecución de los CB,s, el contratista deberá cumplir todas las medidas de seguridad contenidas en este Pliego y en el PPT, así como aquéllas otras medidas de seguridad específicas cuya observancia sea necesaria en función del tipo de instalación u otros factores que por afectar a la seguridad de las dependencias así lo exijan. Estas medidas específicas de seguridad, se concretarán y formarán parte de aquellos CB,s cuya ejecución requiera de su cumplimiento.>>

Decimocuarto. Desde otra perspectiva, las cláusulas 39 y 40 del pliego rezan:

<<CLÁUSULA 39. Cumplimiento de obligaciones laborales y con la Seguridad Social, tributarias, de prevención de riesgos laborales y de coordinación de actividades empresariales. Condiciones especiales de ejecución con el carácter de obligaciones esenciales.

Se establece como condición especial de ejecución de este acuerdo marco, la acreditación del cumplimiento por parte del contratista en relación con el personal que presta los servicios objeto de este AM, de:

- Las obligaciones salariales y sociales legalmente establecidas.

- Los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales que resulten de aplicación, salvo que las condiciones del convenio colectivo de empresa fuesen más favorables para los trabajadores, en tal caso se aplicarán estas últimas.

- Las obligaciones con la Seguridad Social, y las tributarias.

- Las normas de prevención de riesgos laborales y de coordinación de actividades empresariales, por parte del contratista, en relación con el personal que presta los servicios objeto de este AM.

La contratista deberá presentar, tres meses antes de la finalización del contrato, junto con la certificación del mes que corresponda a dicho período y del mismo modo con la última certificación que se emita, las certificaciones positivas actualizadas a ambas fechas, acreditativas de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social.

Las obligaciones contenidas en esta cláusula se consideran condiciones especiales de ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.2 LCSP, con el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos establecidos en el artículo 211.1.f) de dicha Ley.

La acreditación del cumplimiento de estas obligaciones de carácter esencial se realizará a requerimiento del responsable del acuerdo marco, o del correspondiente contrato basado. La falta de dicha acreditación, o la resistencia a aportarla, se considerará como incumplimiento de la obligación esencial.

La responsabilidad del MINISDEF en relación a las deudas laborales y sociales, así como con la Seguridad Social, en la que hayan podido incurrir contratistas anteriores del servicio o ajenas al mismo, vendrá determinada por las disposiciones legales aplicables al caso.>>

<<CLÁUSULA 40. Normas medioambientales. Condiciones especiales de ejecución con el carácter de obligaciones esenciales.

Se considera igualmente condición especial de ejecución del presente AM, y de sus CB,s, el cumplimiento de la política medioambiental de las BAE,s donde se ejecuten las prestaciones contenidas en el AM y CB,s, así como cuantas normas medioambientales de carácter general sean de aplicación. A tal efecto, el contratista deberá ser informado por los correspondientes responsables del MINISDEF de las medidas y normas que tanto él como su personal han de respetar.

Las obligaciones contenidas en esta cláusula se consideran condiciones especiales de ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.2 LCSP, con el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos establecidos en el artículo 211.1.f de dicha Ley.

La acreditación del cumplimiento de las obligaciones de carácter esencial se realizará a requerimiento del responsable del correspondiente contrato. La falta de dicha acreditación, o la resistencia a aportarla podrá ser considerada como incumplimiento de la condición esencial.>>

Decimoquinto. A propósito de la subcontratación, se lee en la cláusula 42:

<<CLÁUSULA 42. Cesión y subcontratación. Condiciones especiales de ejecución con el carácter de obligaciones esenciales.

Los derechos y obligaciones dimanantes del AM podrán ser cedidos a un tercero, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 214 LCSP.

La contratación por el adjudicatario de la realización parcial del AM con terceros, estará sujeta a los requisitos establecidos en los arts. 61 y 62 LCSPDS, y en cuanto lo no establecido por estos, por los arts. 215 a 217 LCSP.

Las prestaciones que el adjudicatario subcontrate con terceros se ajustarán a los porcentajes y condiciones que a continuación se citan, y siempre que dichos terceros, en su caso, mantengan la solvencia técnica que acreditó en la fase de licitación el adjudicatario:

- Para el Lote I y II: El objeto de este acuerdo marco en los lotes I y II es el de operador logístico en el marco de los servicios de transporte internacional y nacional de material, en este sentido el adjudicatario podrá utilizar los servicios de las diferentes compañías aéreas, navieras, etc. que considere adecuadas en cada caso para una efectiva prestación del servicio. Esta utilización se enmarca dentro del servicio integral contratado y no se considera subcontratación. Las prestaciones relativas a las gestiones aduaneras y de agente transitario no podrán ser objeto de subcontratación. Las prestaciones relativas a los sistemas de información pueden ser subcontratadas en su integridad.

- Para los Lotes III al VI: El objeto de este acuerdo marco en los lotes III a VI es el de operador logístico en el marco de los servicios de transporte nacional en línea regular de material, en este sentido el adjudicatario podrá utilizar los servicios de las diferentes compañías navieras (propias o ajenas), etc. que considere adecuadas en cada caso para una efectiva prestación del servicio. Esta utilización se enmarca dentro del servicio integral contratado y no se considera subcontratación.

- Para el Lote VII: El límite máximo de subcontratación de personal adscrito a todos los proyectos de apoyo que esté realizando el adjudicatario será del 60%. NO podrán ser objeto de subcontratación las prestaciones relativas a los sistemas de información.

De conformidad con el art. 215.3 LCSP, la infracción de las condiciones establecidas anteriormente para proceder a la subcontratación, así como la falta de acreditación de la aptitud del subcontratista o de las circunstancias determinantes de la situación de emergencia

o de las que hacen urgente la subcontratación, podrá dar lugar, en todo caso, a la imposición al contratista de una penalidad de hasta un 50 por 100 del importe del subcontrato, o la resolución del contrato, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el segundo párrafo de la letra f) del apartado 1 del art. 211.

El contratista deberá informar a los representantes de los trabajadores de la subcontratación, de acuerdo a la legislación laboral.

Conforme establece la disposición adicional decimoctava de la Ley 40/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y otras normas tributarias, cuando el adjudicatario concierte con terceros la realización parcial del AM, la Administración contratante queda obligada a suministrar a la Agencia Estatal de Administración Tributaria la siguiente información:

a) Identificación del subcontratista

b) Identificación de las partes del contrato a realizar por el subcontratista.

c) Importe de las prestaciones subcontratadas.

La citada información deberá suministrarse en el plazo de cinco días, computados desde aquel en que tenga lugar la comunicación del contratista a la Administración, establecida en el apartado 2.a) del citado texto legal.

Las obligaciones contenidas en esta cláusula se consideran condiciones especiales de ejecución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122.2 LCSP, con el carácter de obligaciones contractuales esenciales a los efectos establecidos en el artículo 211.1.f de dicha Ley.>>

Decimosexto. El régimen de las penalidades al contratista aparece detallado en la cláusula 51, del siguiente tenor:

<<CLÁUSULA 51. Penalidades por incumplimiento parcial, cumplimiento defectuoso o demora en la ejecución.

En caso de incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso de las prestaciones objeto del acuerdo marco, y demás obligaciones establecidas en el mismo, incluidas las condiciones especiales de ejecución, o en los casos de demora en la ejecución, se impondrán penalidades de conformidad con lo dispuesto en los arts. 192 y 193 LCSP.

En las penalidades por incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso, se estará a lo dispuesto en el art. 192 LCSP. Estas penalidades deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento, y las cuantías de cada una de ellas no podrán ser superiores al 10% del precio de adjudicación del CB, IVA excluido (cuando las imponga el órgano de contratación del CB), o al 10% del presupuesto de base de licitación del acuerdo marco, IVA excluido (cuando las imponga la Junta de Contratación del MINISDSEF), ni el total de las mismas podrá superar el 50% del precio de adjudicación del CB, IVA excluido (órgano de contratación del CB), o al 10% del presupuesto base de licitación del acuerdo marco (Junta de Contratación del MINISDEF).

En las penalidades por demora en la ejecución, se estará a lo dispuesto en el art. 193 LCSP. Cuando estas penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5% del importe de adjudicación del CB, IVA excluido, o el 5% del presupuesto base de licitación del AM, IVA excluido, el órgano de contratación correspondiente (la Junta de Contratación del MINISDEF en el caso del AM, y el órgano de contratación del CB en el caso del CB) estará facultado para proceder a la resolución del CB o del AM, según sea el caso, o acordar la continuidad de su ejecución con imposición de nuevas penalidades.

<u>Penalidades especiales:</u>

Se establece las siguientes penalidades especiales para los supuestos de incumplimiento de plazos:

LOTES I AL VI

En el supuesto de incumplimiento de los plazos contemplados en los diferentes servicios recogidos en el Anexo I del PPT, Catálogo de Servicios, se impondrán penalidades por incumplimiento en la siguiente proporción:

- Desde una vez el plazo establecido a una vez y media de retraso: 30,00 € por cada 1.000,00 € (3%) del precio del servicio afectado.

- Desde una vez y media el plazo establecido a tres veces de retraso: 60,00 € por cada 1.000,00 € (6%) del precio del servicio afectado.

- Más de tres veces el plazo establecido de retraso: 100,00 € por cada 1.000,00 € (10%) del precio del servicio afectado.

Los días de incumplimiento se contarán en días naturales.

Los importes de las penalidades se harán efectivos mediante deducción de las cantidades que, en concepto de pago total o parcial, deban abonarse al contratista o sobre la garantía que, en su caso, se hubiese constituido, y por tanto, cuando no puedan deducirse de las certificaciones.

En todo caso, la constitución en mora del contratista no requerirá intimación previa por parte del Órgano de Contratación.

Cuando se hagan efectivas sobre la garantía, el contratista vendrá obligado a completar la misma, dentro de los quince días hábiles siguientes a la notificación de la penalización.

LOTE VII

Para este lote se establecen idénticas penalidades a las relacionadas para el resto de lotes, salvo que en este lote VII se ponen en relación con el retraso en el plazo previsto de finalización del proyecto o en los plazos de medida parcial que así se determinen, en este último caso se penalizaría sobre la parte proporcional del precio total.>>

Decimoséptimo. En cuanto a las causas de resolución del acuerdo marco y de los contratos basados, la cláusula 52 del Pliego establece:

<<Causas

Son causas especiales de resolución del AM, así como de los CB,s basados en el mismo, además de las expresadas en los artículos 211 y 313 LCSP, las siguientes:

a) La no ejecución del servicio solicitado en la fecha prevista por causa imputable al contratista, cuando la citada no ejecución suponga que se vea afectada la necesidad que lo motivó hasta el punto de que su ejecución posterior no la satisfaga.

b) La no finalización del proyecto de asistencia técnica en la fecha prevista por causa imputable al contratista.

c) Los retrasos significativos (superación del plazo establecido en más de 15 días hábiles) culpables e injustificados, en la presentación de la documentación necesaria para realizar los trámites encaminados a la formalización de los distintos contratos basados en el acuerdo marco.

d) La pérdida de las condiciones o requisitos de aptitud para contratar requeridos en el acuerdo marco.

e) Que la empresa contratista pierda, tenga suspendida, no renueve o haya perdido la vigencia de alguno de los requisitos que sirvieron para acordar la adjudicación. En el caso de cambio de normativa que exija nuevos requisitos, continuará la vigencia del AM conforme a los requisitos que sirvieron de base para su celebración.

f) No facilitar en los plazos requeridos la documentación a la COMSE que se exige en la cláusula 25 de este pliego.

g) El incumplimiento de las limitaciones establecidas en materia de subcontratación.

h) La obstrucción a las facultades de dirección e inspección de la Administración.

i) El incumplimiento de las obligaciones del contratista de guardar sigilo respecto a los datos o antecedentes que, no siendo públicos o notorios, estén relacionados con el objeto del AM y de los que tenga conocimiento con ocasión del mismo.

j) Que el personal de la contratista no disponga de las habilitaciones de seguridad, o autorizaciones necesarias, para tener acceso a materias clasificadas (documentación, medios, material, etc.), cuando ello resulte necesario.

k) No exigir a los subcontratistas, ni empresas, ni personal que participe en la ejecución de los CB,s los requisitos en cuanto acuerdos o habilitaciones de seguridad, control de calidad o garantías personales de seguridad o similares.

l) La no formalización del correspondiente CB, por causas imputables al contratista, podrá causar la resolución del AM, por incumplimiento del mismo, en lo que respecta a tal contratista.

m) En especial, el incumplimiento de las condiciones esenciales de ejecución, atendiendo a las circunstancias del incumplimiento.>>

Decimoctavo. El plazo de presentación de solicitudes de participación en el procedimiento restringido vencía el 9 de julio de 2018.

Decimonoveno. El 2 de julio de 2018, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos rectores de la licitación que nos ocupa formulado en nombre de la compañía AGILITY SPAIN, S.A., siéndole asignado el nº 654/2018.

Vigésimo. El mismo 2 de julio de 2018, tuvo entrada en el Registro electrónico de este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos rectores de la licitación que nos ocupa formulado en nombre de la compañía HIPERTRANS, S.A., siéndole asignado el nº 658/2018.

Vigésimoprimero. A 9 de julio de 2018, se habían presentado las siguientes solicitudes de participación a los lotes que seguidamente se indican:

EMPRESAS/UTE	LOTES
INDRA	VII
SERVICIOS LOGÍSTICOS INTEGRADOS S.A.U.	I, II, VII
TRANSMEDITERRÁNEA	III, IV, V, VI

UTE KUEHNE & NAGEN S.A./BEYON SOLUCIONES Y SERVICIOS (BESS)	I, II, III, IV, V, VI, VII
UTE LEEWARD ESPAÑA/ACCIONA FORWARDING S.A.U.	I, II, III, IV, V, VI
DAMCO INTERNACIONAL BV	I
UTE AGILITY SPAIN, S.A./B & B PACKING COMPANY	I
PROVIRE PRODUCTOS S.L.	VII

Vigesimosegundo. Los expedientes referidos a los recursos 654 y 658/2018, junto con los informes del órgano de contratación, fueron recibidos el 10 de julio de 2018.

Vigesimotercero. El 16 de julio de 2018, la Secretaria de este Tribunal, por delegación de este, acordó adoptar la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, defiriendo su levantamiento a la resolución de los recursos 654 y 658/2018.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Al amparo de lo dispuesto en los artículos 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC) y 13 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre; en adelante, RPERMC), se ha acordado por el Tribunal la acumulación de los recursos referidos en los antecedentes de hecho, al existir entre ellos identidad sustancial e íntima conexión, por ir dirigidos ambos contra el Pliego de cláusulas administrativas particulares rector de la misma licitación.

Segundo. Este Tribunal es competente para resolver los recursos acumulados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 45.1 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), 59.2 de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector

público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad (en adelante, LCSPDS) y 1.b) RPERMC.

Tercero. Tratándose de un acuerdo marco de servicios sujeto a regulación armonizada y sometido a las previsiones de la LCSPDS conforme a sus artículos 2.1.e), 3.1.a) y 5.a), los pliegos rectores de la licitación son susceptibles de recurso especial en materia de contratación de acuerdo con los artículos 59 de la LCSPDS, apartados 1 y 4, y 44.2.a) de la LCSP.

Cuarto. A) Las recurrentes están legitimadas conforme al artículo 48 de la LCSP para interponer sus respectivos recursos.

Desde luego es claro en el caso de AGILITY SPAIN, que ha concurrido a la licitación presentando su solicitud de participación al Lote I (cfr.: antecedente de hecho vigesimoprimero) y que ostenta así el interés legítimo paradigmático para impugnar los pliegos rectores de la licitación –el de poder resultar adjudicatario de la misma-. No obsta a ello el que su participación se haya hecho con el compromiso de constituir una Unión Temporal de empresa con otra compañía, pues el artículo 24.2 del RPERMC reconoce el derecho a formular recurso especial por separado cuando *"sus derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso"*. Del mismo modo, al no constar en el expediente la fecha en que presentó su solicitud de participación en el procedimiento, tampoco cabe negar legitimación a la mercantil citada con base en lo dispuesto en el último párrafo del artículo 50.1.b) de la LCSP, que ordena inadmitir *"con carácter general"* el recurso interpuesto por quien, antes de hacerlo, hubiera presentado su oferta o su solicitud de participación en el procedimiento correspondiente.

B) Nuestro juicio es igualmente favorable, como ya se ha adelantado, a apreciar legitimación en la compañía HIPERTRANS, S.A., aunque no haya formulado solicitud de participación en el procedimiento (cfr.: antecedente de hecho vigesimoprimero).

Ciertamente, y como hemos señalado en multitud de ocasiones, la LCSP no confiere una acción popular en materia contractual, sino que, antes bien, la subordina a que la decisión perjudique o pueda afectar a derechos o intereses legítimos del recurrente (cfr.: artículo 49 LCSP), derechos o intereses legítimos que, tratándose de una licitación, no pueden

identificarse con algo distinto que la posibilidad de obtener la adjudicación del contrato (cfr.: Resoluciones 57/2012, 119/2013, 278/2013 –confirmada esta última por Sentencia de la Audiencia Nacional de 14 de mayo de 2014, Roj SAN 2315/2014- y 37/2015, entre otras).

Este postulado es coherente con la definición de la legitimación en nuestro Ordenamiento, en el que se la concibe como la relación material unívoca del sujeto con el objeto de la pretensión que hace que la eventual estimación de esta se traduzca en la obtención de un beneficio o la eliminación de una desventaja (cfr., por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, 52/2007, de 12 de marzo; Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de mayo de 2008 –Roj STS 2176/2008-). Por ello, la regla es que únicamente los operadores económicos que han presentado su oferta al procedimiento están legitimados para impugnar los pliegos rectores del mismo, pues solo quienes se encuentran en esa situación están en condiciones de alzarse con el contrato (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de diciembre de 2001 -Roj STS 10238/2001- y 9 de marzo de 2006 –Roj STS 1616/2006-). Ahora bien, esta norma general quiebra en los casos en los que el empresario impugna una cláusula del Pliego que le impide participar en la licitación en condiciones de igualdad (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 5 de julio de 2005 -Roj STS 4465/2005-), habiéndose llegado incluso a admitir la legitimación cuando lo que se cuestiona es el tipo de procedimiento elegido (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 29 de junio de 2006 -Roj STS 4550/2006-).

Lo mismo sucede desde la perspectiva del Derecho comunitario. Así, por un lado, el artículo 1.3 de la Directiva 89/665/CEE, de 25 de febrero de 1992, requiere que los procedimientos de recurso sean accesibles *"como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato",* expresión esta que se refiere *"a la persona que, al presentar su oferta para el contrato público de que se trate, haya demostrado su interés en obtenerlo"* (cfr.: apartado 19 Sentencia TJCE, Sala Segunda, 8 de septiembre de 2005 –asunto C-129/04-), pero, por otro lado, la legitimación ha de reconocerse a los supuestos en los que *"una empresa no haya presentado una oferta debido a la existencia de características supuestamente discriminatorias en la documentación relativa a la licitación o en el pliego de cláusulas administrativas, que le hayan impedido precisamente estar en condiciones de prestar todos los servicios solicitados"* (cfr.: Sentencia del TJCE, Sala Sexta, de 12 de febrero de 2004 -asunto C-230/02-).

Llegados a este punto, es dado apreciar un interés legítimo en HIPERTRANS, S.A., toda vez que se trata de una compañía dedicada al transporte –según se deduce de ser la actual adjudicataria del acuerdo marco de transporte de vehículos por carretera del Ejército de Tierra (extremo alegado en el recurso que no es cuestionado ni discutido por el órgano de contratación)- que impugna el Pliego de cláusulas aduciendo que la configuración del contrato que resulta de ellos le hace imposible concurrir a la misma. Esta circunstancia es suficiente para apreciar legitimación, de conformidad con la doctrina sentada, entre otras, por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de septiembre de 2004 (Roj STS 5810/2004), que afirmó:

<<SEGUNDO.- La tesis del motivo de casación, en su formulación rigorista, no puede ser compartida. Es cierto que, como regla general, ha de reconocerse legitimación para impugnar la adjudicación de un concurso a quienes han concurrido al mismo, y que quienes no han sido concursantes han de acreditar un interés legítimo en la impugnación para que les sea reconocido la indicada legitimación.

Pero, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y la Jurisprudencia de esta Sala que interpretó el invocado artículo 28 de la LJ, lo que otorga legitimación activa es la titularidad de cualquier interés legítimo en la anulación del acto administrativo impugnado, sin que pueda erigirse en exigencia formal ineludible para la impugnación de cualquier acto relacionado con un concurso para la adjudicación de un contrato el haber participado o concurrido. O, dicho en otros términos, aunque dicha participación evidencie un interés en el resultado del concurso, no puede excluirse un interés legítimo en la impugnación de la convocatoria misma del concurso en el que no se participa por las propias condiciones en que es convocado.>>

Quinto. Ambos recursos han sido formulados dentro del plazo de quince días hábiles establecido en el artículo 50.1.b) de la LCSP.

Sexto. El recurso 654/2018 impugna los Pliegos rectores del acuerdo marco por lo que atañe a la exigencia de las habilitaciones de seguridad. Aduce en concreto la recurrente que el imponer que se acredite, en el momento de presentar la solicitud de participación en el procedimiento restringido, estar en posesión de las habilitaciones de seguridad de empresa, de establecimiento y de personal que se contemplan en los apartados 1.1 y 1.2 del Grupo 9

de la cláusula 18 (cfr.: antecedente de hecho undécimo) vulnera la LCSPDS y la LCSP, así como el principio de proporcionalidad, amén de resultar incongruente con la dinámica del procedimiento restringido.

El recurso 658/2018, por su parte, tiene un contenido más amplio, pues en él se aducen las siguientes irregularidades del Pliego en cuanto se refieran al Lote II:

a.- Falta de correspondencia entre los servicios que se licitan y el código CPV que se emplea en los Pliegos para describirlos.

b.- Falta de motivación de la decisión de incluir en el Acuerdo Marco los servicios de transporte por carretera.

c.- Indebida exigencia de habilitaciones profesionales y de seguridad en los grupos 8 y 9 de la cláusula 18 del Pliego.

d.- Indebida exclusión de las empresas transportistas del concepto de subcontratistas.

e.- Infracción del artículo 202 LCSP por parte de las cláusulas 39 y 40 del Pliego.

El órgano de contratación, por su parte, sostiene la conformidad a Derecho de los Pliegos conforme a los argumentos que obran en el expediente y a los que iremos haciendo referencia a lo largo de la presente Resolución.

Expuestos los términos del debate, abordaremos el examen de los recursos por el orden mencionado.

Séptimo. A) Según se ha adelantado, AGILITY SPAIN, S.A., en el Recurso 654/2018, considera no ajustado a Derecho que la cláusula 18 del Pliego (cfr.: ordinal undécimo de los antecedentes de hecho) exija hallarse en posesión, en el momento de presentar la solicitud de participación en el procedimiento restringido, de las habilitaciones de seguridad de empresa (HSEM) y de establecimiento (HSES) requeridas en el Pliego, así como de disponer de personal suficiente con habilitación personal de seguridad (HPS). Juzga, en síntesis, que, tratándose de un requisito de aptitud, el momento idóneo en el que debe verificarse su cumplimiento es el anterior a la adjudicación del contrato, y no antes, pues de lo contrario se

vulneraría lo dispuesto en la DA 5ª LCSPDS y en el artículo 162.4 LCSP, además de infringir los principios a la libre concurrencia y proporcionalidad y la propia estructura del procedimiento restringido. Debe resaltarse, en todo caso, que no se discute la legitimidad de exigir tales habilitaciones, sino del momento en que debe acreditarse disponer de ellas.

Por su parte, el órgano de contratación se opone a tal argumento defendiendo que el momento idóneo para acreditar ese requisito es el de la solicitud de participación en el procedimiento restringido, sin que de la DA 5ª LCSPDS se desprenda una obligación de llevar a cabo la verificación del cumplimiento de esta exigencia después de tal fase del procedimiento.

El recurso no puede prosperar.

B) Desde luego, asiste la razón a la recurrente –y tampoco lo discute el órgano de contratación- que las habilitaciones de seguridad a las que se refieren los artículos 15 y 21 LCSPDS son requisitos de aptitud profesional para la ejecución del contrato, en el sentido que señala el artículo 65.2 LCSP. Constituyen así aquellas un requisito añadido a la solvencia, pero que no participa de su naturaleza, *"puesto que con estas habilitaciones no se trata de justificar que el licitador disponga de la capacidad empresarial y medios suficientes para poder llevar a buen fin el contrato, sino que, más propiamente, ante lo que nos encontramos es frente a un requisito ineludible para poder ejecutar las prestaciones del mismo, en cuanto autorizaciones que habilitan para el acceso y manejo de la información clasificada".*

Así lo declaramos en nuestra Resolución nº 555/2014 –a la que se remiten tanto la recurrente como el órgano de contratación- y lo reiteramos hoy, sin perjuicio de lo cual, hemos de resaltar que lo que entonces se discutía era de la conformidad a Derecho de una cláusula de un pliego que defería al momento de formalización del contrato la acreditación de determinadas habilitaciones de seguridad. Es así como se comprende el sentido de nuestra afirmación que entonces formulamos, con arreglo a la DA 5ª LCSPDS, de que *"el momento último al que puede remitirse la acreditación de este requisito es el del trámite de requerimiento de documentación al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa".* Que ese sea el momento último, empero, no supone que no pueda exigirse con anterioridad, como apunta certeramente el órgano de contratación en su informe.

En realidad, la cuestión que ahora se nos plantea ya ha sido en buena medida resuelta por nuestra Resolución 79/2018, relativa a la impugnación de un acuerdo de exclusión de una solicitud de participación en un procedimiento negociado. En aquella ocasión señalamos:

<<En consonancia con tal previsión ha de considerarse que el artículo 10 LCSPDS al determinar los requisitos de capacidad de las empresas establece que "en todo caso, tendrán capacidad para contratar todas las personas físicas o jurídicas que, de acuerdo con la legislación del Estado en que estén establecidas, estén habilitadas para realizar la prestación de que se trate y cumplan los demás requisitos establecidos en los artículos 43 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público." (actual art. 54 TRLCSP).

Pues bien, el artículo 27 de la LCSPDS al regular los plazos de presentación de las solicitudes de participación y de las ofertas de los licitadores dispone que "los órganos de contratación fijarán los plazos de presentación de solicitudes de participación y de ofertas y al hacerlo tendrán en cuenta el tiempo que razonablemente sea necesario para prepararlas, en atención a la complejidad del contrato y sin perjuicio de los plazos mínimos establecidos en esta Ley." Por su parte, el artículo 28 de la misma norma refiere que "las proposiciones de los interesados se presentarán en los términos establecidos en los apartados 1, 2, 3 y 5 del artículo 129 y en el artículo 130 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público."

Tales remisiones normativas hemos de entenderlas hechas, al art. 146 del TRLCSP, que al regular los términos de las proposiciones de los interesados dice:

"Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de requisitos previos.

1. Las proposiciones en el procedimiento abierto y las solicitudes de participación en los procedimientos restringido y negociado y en el diálogo competitivo deberán ir acompañadas de los siguientes documentos:

a) Los que acrediten la personalidad jurídica del empresario y, en su caso, su representación.(..).

2. Cuando con arreglo a esta Ley sea necesaria la presentación de otros documentos se indicará esta circunstancia en el pliego de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo y en el correspondiente anuncio de licitación."

En consonancia, el art. 30 de la LCSPDS dispone: "Admisión de las proposiciones. El órgano de contratación verificará la aptitud de los candidatos y licitadores examinando, en base a la documentación que acompañe a las proposiciones, si reúnen los requisitos generales exigidos por el artículo 10 de esta Ley para contratar con el sector público, la solvencia económica y financiera y la de orden profesional o técnico a que se refieren los artículos 14 a 18, ambos inclusive, excluyendo de la licitación a los que no cumplan los requisitos indicados."

De modo que de lo hasta aquí expuesto resulta que en el procedimiento negociado, la aptitud de los licitadores tiene que concurrir en el momento de presentar la solicitud de participación, (momento que el art. 146 TRLCSP equipara al de presentación de proposiciones en el procedimiento abierto), y el órgano de contratación verificará en tal momento la concurrencia de los extremos identificados en los apartados a) y siguientes del art. 146 así como los demás documentos exigibles con arreglo a la ley, entre los que se encuentran, para supuestos como el que nos ocupa, los referidos en el art. 10 de la LCSPDS.

Ello nos conduce a concluir que es en el momento de examinar las solicitudes de participación cuando la Mesa debe constatar que las empresas que concurren se encuentran habilitadas, es decir, son aptas para contratar con la Administración. Lo que es plenamente cohonestable con el contenido de los pliegos, pues en el Cuadro de características que forma parte del pliego se exige que en el sobre no 1 el licitador acredite su habilitación empresarial o profesional mediante el aporte de los certificados que venimos tratando.

Todo ello queda refrendado por la exigencia general que el artículo 178 TRLCSP recoge, a propósito de la regulación del desarrollo del procedimiento negociado, al exigir que las empresas a las que se solicite la oferta estén capacitadas para la realización del objeto del contrato. Es decir, la capacidad ha de concurrir al momento de presentar la solicitud de participación. Por tanto, el momento de apreciar la capacidad es cuando se presentan las solicitudes de participación. Pues como hemos referido en varias ocasiones, no se está

resolviendo un supuesto de acreditación tardía de una capacidad que se ostenta sino una falta de concurrencia de capacidad.

El régimen expuesto no entra en colisión con lo dispuesto en la DA 5a de la LCSPDS, - que es la norma que da base, y a la que está sujeta por el principio de jerarquía la NS/06 de Seguridad Industrial, publicada por la Autoridad Nacional-, pues tal disposición se maneja en términos de acreditación por el candidato de que dispone de la habilitación, lo que no se da en el presente caso; y en cualquier caso la Disposición Adicional establece un límite temporal no excluyente de las previsiones del TRLCSP sino compatible con las exigencias marcadas por el TRLCSP, pues la DA 5a la ley no dice que no se pueda exigir antes la concurrencia de este requisitito sino que como muy tarde ha de concurrir con anterioridad a la adjudicación del contrato.>>

Esta doctrina es plenamente aplicable al caso que nos concierne, sin más matizaciones que, por un lado, señalar que las remisiones que efectúan los artículos 10 y 28 LCSPDS han de entenderse referidas a los actuales artículos 65 y ss y 139 y 140 LCSP, respectivamente, y, por otro, que lo dicho en esa ocasión respecto del procedimiento negociado es igualmente aplicable al restringido, que no en vano comprende una fase de solicitud de participación antes de la formulación de la proposición (cfr.: artículos 39 LCSPDS y 160 LCSP) cuya normativa es igualmente al procedimiento de negociación (cfr.: artículos 43 LCSPDS y 169 LCSP).

Por lo demás, difícilmente podía ser de otro modo si se tiene en cuenta el contenido del artículo 140.4 LCSP cuando proclama que *"las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar […] deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas",* regla que, sin duda, es aplicable a las habilitaciones de seguridad a las que nos referimos al tratarse de requisitos de aptitud del contratista y que, por ello, se integran en el concepto de *"capacidad de la empresa"* que emplea el precepto transcrito (cfr.: Resoluciones 546/2014 y 919/2017). También es claro, en fin, que, pese a que la norma alude a la fecha final de presentación de las ofertas, esta referencia debe entenderse hecha, cuando se trata de un procedimiento restringido, a la fecha de solicitud de participación en él, ya que el propio artículo 140.1 LCSP (como antes el artículo 146.1 del derogado Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011) equipara este trámite a la presentación de proposiciones en el procedimiento abierto (cfr.:

Resolución 79/2018 antes transcrita). El legislador de 2017 ha arrastrado así el *"lapsus"* en que incurrió la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, que, al introducir el párrafo quinto del entonces artículo 146 TRLCSP, solo tuvo en cuenta el procedimiento abierto, pero no el negociado ni el restringido.

C) El criterio expuesto, lejos de contradecir la estructura del procedimiento restringido como aduce la recurrente, es perfectamente coherente con él, porque, si bien es cierto que el artículo 161.4 LCSP prevé que las solicitudes de participación deberán ir acompañadas de la documentación a que se refiere el artículo 140 LCSP, no lo es menos que este último no solo se refiere a la declaración responsable de su apartado 1, sino que también, como ocurría con el artículo 146.2 TRLCSP, permite que se exija la documentación necesaria para acreditar aquellas circunstancias distintas de las que comprende el Documento Europeo Único de Contratación, que es lo que ocurre, justamente, con las habilitaciones de seguridad que ahora nos ocupan.

Asimismo, y frente a lo que propugna la recurrente, el que el artículo 162.4 LCSP mencione únicamente que el órgano de contratación *compruebe "la personalidad y solvencia de los solicitantes",* en absoluto impide que se lleve a cabo el control de la concurrencia de los requisitos de aptitud. Ante todo, dicho precepto debe ceder ante la norma especial que viene dada por el artículo 41 LCSPDS, en cuyo apartado primero se ordena llevar a cabo la selección de los candidatos *"mediante la comprobación de que cumplen los criterios indicados en los pliegos"*, criterios que serán, sin duda, los de solvencia, pero también los de aptitud legal de las empresas conforme al artículo 10 LCSPDS. Otra cosa abocaría al absurdo, apuntado por el órgano de contratación en su informe, de que pudieran ser seleccionados para presentar oferta candidatos que legalmente no pueden ejecutar el servicio.

Incluso si nos atuviéramos estrictamente al artículo 162.2 LCSP se llegaría al mismo resultado, puesto que es obvio que no cabe negar al órgano de contratación la facultad de comprobar la aptitud legal para llevar a cabo la prestación cuando este extremo se le ha requerido en el Pliego conforme al artículo 140.1.b) LCSP. Y ello sin necesidad de recordar que la personalidad, por lo menos en su acepción clásica, comprende no solo los extremos relativos a la existencia de la persona jurídica y a la representación de los empresarios, sino también a la aptitud legal para intervenir en un negocio o para comparecer en juicio (cfr.:

artículo 533 de la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1881; ídem, Sentencias del Tribunal Supremo, Sala I, de 18 de mayo de 1962 –Roj STS 2933/1962- y 26 de abril de 1993 –Roj STS 2623/1993-).

El recurso, en suma, debe ser desestimado.

Octavo. Abordando ya el estudio del Recurso 658/2018, y siguiendo el orden expuesto por la recurrente, hemos de ocuparnos del reproche que en él se hace a propósito de la clasificación que se asigna a los servicios licitados en el Lote II (cfr.: ordinal tercero de los antecedentes de hecho), que se identifican con el código CPV 60000000-8 (*"servicios de transporte")*. Se argumenta, en síntesis, que esta clasificación no resulta acertada porque, tratándose de seleccionar un operador logístico, este no se encarga materialmente de efectuar el transporte, sino de organizar y gestionar el transporte que se encargarán de realizar materialmente otros empresarios.

Por su parte, el órgano de contratación defiende el criterio del Pliego al tratarse del código que, a su entender, más se aproxima a la naturaleza de los servicios que se pretende contratar.

Así las cosas, hemos de coincidir con la recurrente en que, efectivamente, el operador logístico, tal y como lo define la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (en adelante, LOTT) no es, en puridad, un mero transportista, sino que sus obligaciones son más amplias, en tanto que, conforme al párrafo primero de su artículo 122:

"A los efectos de esta ley, se considera operadores logísticos a las empresas especializadas en organizar, gestionar y controlar, por cuenta ajena, las operaciones de aprovisionamiento, transporte, almacenaje o distribución de mercancías que precisan sus clientes en el desarrollo de su actividad empresarial."

El precepto no explicita si esa organización y gestión del transporte por cuenta ajena implica que el operador logístico asume una obligación de resultado consistente en trasladar las cosas desde un punto a otro o, por el contrario, y a modo y semejanza del comisionista mercantil que en tal concepto hubiera de remitir los efectos a otro punto, su cometido se agota en la contratación del servicio (cfr.: artículo 275 Código de Comercio). Para dilucidar esta cuestión,

y más allá de disquisiciones sobre el *"nomen iuris"* empleado, ha de atenderse al clausulado contractual, pues, como es sabido, es principio general de nuestro Ordenamiento el que proclama que los contratos son lo que son de acuerdo con su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala I, de 16 de mayo de 2000 –Roj STS 3952/2000- y 3 de noviembre de 2010 –Roj STS 6115/2010- y de la Sala III de 10 de julio de 2008 –Roj STS 5266/2008-).

En el caso que nos concierne, se constata que el operador logístico seleccionado en el Lote II se encarga de transportar los bienes, animales y/o equipos que le encomiende la Administración dentro del territorio nacional (cfr.: antecedentes de hecho cuarto, quinto, sexto y séptimo); no es esa, ciertamente, su única obligación, pero sí que es la más característica de su posición contractual. Según se desprende de la descripción de servicios que hace el Pliego de Prescripciones Técnicas (cfr.: ordinal octavo de los antecedentes de hecho), en ocasiones se empleará un único medio de transporte, sea terrestre (caso de los servicios "Puerta a puerta" TN-01, TN-02, TN-03, TN-04, TN-05, TN-06, TN-07 y TN-08) o marítimo de puerto a puerto (MN-01, mediante el flete de un buque dedicado a ese exclusivo fin); en otras, la obligación del operador dará lugar a un transporte multimodal que combinará medios terrestres, marítimos y/o aéreos (caso del transporte en contenedores completos o compartidos de los servicios MN-02 y MN-03 o de aeronave no dedicada AN-01).

Ciertamente, no será la única obligación del operador, pues a ella se le añadirán determinadas tareas auxiliares, identificadas como servicios complementarios (algunos de los cuales presentan las notas propias de un contrato de transporte como los de mensajería CN-01), pero que, en todo caso, son accesorias a esa prestación principal de transporte (almacenaje, gestiones administrativas, etc.) sin la cual no se conciben y que carecen de sustantividad propia, extremo que resulta confirmado por el hecho de haberse excluido un amplísimo catálogo de prestaciones que se ha licitado como Lote VII (cfr.: antecedentes de hecho noveno y décimo). Si a todo ello se le une el hecho de que el operador responda por la pérdida o deterioro de los efectos transportados (cfr.: antecedente de hecho decimotercero) e incluso por los incumplimientos de los plazos (cfr.: antecedente de hecho decimosexto y decimoséptimo), se colige que el órgano de contratación ha elegido el código CPV que corresponde a la prestación principal del Lote II que ahora nos atañe definida en sus términos más genéricos, pues con ella se abarca todos los servicios de transporte (excluido el de

residuos), comprendiendo los de carretera (60100000-9), transporte aéreo (60400000-2), transportes marítimos (60640000-6). Este criterio –atender a la prestación principal- es ajustado a Derecho, como hemos mantenido, entre otras, en nuestras Resoluciones 386/2014 y 414/2016.

Huelga decir que, junto con el CPV 60000000-8, el órgano de contratación podría haber consignado algún otro, como el relativo a los servicios complementarios del transporte (630000000-9) o, incluso, atender a clases específicas (vgr.: 63100000-0 –servicios de carga, descarga y almacenamiento); sin embargo, ello en sí mismo no genera ningún vicio de legalidad, toda vez que, como dijimos en nuestra Resolución 300/2014, "*lo relevante, a los solos efectos de juzgar si la nomenclatura asignada es correcta, es que el contrato quede descrito con la referencia elegida",* y esto es lo que sucede en el supuesto analizado.

Decae, en consecuencia, la impugnación.

Noveno. A) Cuestiona también HIPERTRANS, S.A. la misma decisión de incluir en el acuerdo marco que ahora nos ocupa los servicios de transporte por carretera que hasta la fecha -según alega y no discute el órgano de contratación-, se habían licitado de manera independiente. Por mejor precisar, afirma que tal decisión se ha adoptado sin consultar a las empresas transportistas, sin que se hayan valorado las consecuencias que ello acarrea desde el punto de vista de la seguridad y la libre competencia, redundando ello –siempre según la recurrente- en infracción del artículo 116.4.e) LCSP, que exige justificar en el expediente *"la necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional."*

Frente a ello, el órgano de contratación defiende en su informe que la tramitación ha sido ajustada a Derecho, exponiendo que la tendencia del mercado es la de externalizar los servicios de logística, que comprenden *"todas las actividades relacionadas con el flujo de materiales, desde el punto inicial hasta el final"* y que ello se adapta mejor a las necesidades del Ministerio de Defensa. Añade igualmente que la decisión, que sostiene haber sido precedida de una consulta pública, siguió las recomendaciones de un informe de auditoría realizado por la Intervención General de la Administración General del Estado.

B) Situados en esta tesitura, este Tribunal debe recordar que, en puridad, la decisión de licitar un determinado servicio no se halla comprendida entre los actos susceptibles de recurso especial previstos en el artículo 44.2 LCSP al que remite el artículo 59.1 LCSPDS. Así lo mantuvimos en nuestras Resoluciones 420/2013 y 687/2015, bajo la vigencia del derogado TRLCSP, y hoy reiteramos bajo el de la vigente LCSP.

En efecto, la celebración de cualquier contrato por parte de la Administración requiere la incoación de expediente (cfr.: artículo 116.1 LCSP) fuera de los casos en los que se siga la tramitación de emergencia (cfr.: artículo 120 LCSP), debiéndose incorporar a aquel los pliegos de cláusulas y de prescripciones técnicas o el documento que los sustituya en los casos de procedimientos de diálogo competitivo y de adjudicar contratos derivados de un acuerdo marco, el certificado de existencia de crédito y la fiscalización previa de la intervención conforme a la legislación presupuestaria (cfr.: artículo 116.3 LCSP). Una vez completado el expediente, el órgano de contratación aprobará el expediente disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación (cfr.: artículo 117.1 LCSP) si bien se admite igualmente que el expediente pueda ultimarse con la adjudicación y formalización del contrato que, en todo caso, deberá empezar a ejecutarse en el ejercicio siguiente (cfr.: artículo 117.2 LCSP).

En definitiva, la decisión de incluir los servicios de transporte por carretera dentro del acuerdo marco de servicios de operador logístico ha de entenderse adoptada con la orden de inicio del expediente, acto de trámite este que no está comprendido en el elenco de los susceptibles de recurso especial del artículo 44.2 LCSP, y que, por ello, no podemos revisar. No entraremos, pues, a valorar si la decisión administrativa está suficientemente motivada, si las consultas fueron o no suficientes o si se han apreciado las consecuencias que en punto a la libre concurrencia acarrea la forma de licitar este acuerdo marco, toda vez que, como se ha dicho, ello escapa a nuestra competencia.

C) Con todo, en aras al principio "*pro actione"* este Tribunal considera que es posible reconducir la impugnación que formula la recurrente a la propia configuración que hacen los pliegos de los servicios del Lote II al incluir en los mismos los de transportes por carretera. No se trataría, por lo tanto, de discutir de la decisión en sí de licitar, sino de si, a la hora de delimitar en los Pliegos las prestaciones del adjudicatario, se han respetado las reglas que sobre los contratos con diversas prestaciones se contienen en la LCSPDS.

Situado en esa perspectiva el debate, el motivo debe en todo caso ser desestimado. La única regla que sobre la integración de diversas prestaciones en el objeto de un contrato se contiene en la LCSPDS se halla en su artículo 2.4, a cuyo tenor:

<<*Cuando se adjudique un contrato con diversas prestaciones no podrán integrarse en su objeto aquellas prestaciones que no guarden relación entre sí.*>>

El límite fijado por el legislador es, ciertamente, amplio, y solo exige que las prestaciones guarden relación, esto es, que exista conexión o correspondencia entre ellas, y es cabalmente imposible negar que esa relación existe entre los servicios de transporte por carretera y los de vía aérea o los auxiliares y complementarios, máxime cuando nuestro Ordenamiento otorga un tratamiento específico a los contratos de transporte multimodal (cfr.: artículos 67-70 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías –en adelante, LCTTM-; 209 de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima –en adelante, LNM-) y a la propia figura de los operadores logísticos (cfr.: artículos 119 y ss LOTT).

El motivo, pues, debe ser rechazado.

Décimo. A) Contiende la recurrente respecto de los requisitos de habilitaciones profesionales y de seguridad que se imponen a los que pretendan concurrir, incluso bajo la fórmula de Uniones Temporales de Empresa, a los lotes I y II en la cláusula 18, grupos 8 y 9 (cfr.: antecedente de hecho undécimo), y ello tanto por exigirse como por ser propios de operadores logísticos, impidiendo la participación, según la recurrente, de las empresas del sector.

El órgano de contratación, por su parte, defiende su conformidad a Derecho por servir para garantizar la ejecución del contrato y guardar la debida proporcionalidad; en particular, y por lo que se refiere a las habilitaciones de seguridad, afirma que el Pliego cumple lo dispuesto en la norma de Seguridad Industrial NS/06 aprobada por el Centro Nacional de Inteligencia.

B) Sobre el primero de los reproches formulados por la recurrente, el mismo no puede prosperar. Y es que, sin entrar ahora en los detalles de la consulta (trámite en todo caso potestativo conforme al artículo 115 LCSP), lo cierto es que es en los Pliegos de cláusulas en los que se fijan, entre otras cuestiones, las habilitaciones empresariales o profesionales que deben exigirse (cfr.: artículos 65.2 y 122.2 LCSP); no es posible, pues, alegar que los

apuntados requisitos se han exigido de manera sorpresiva o sin previo aviso, porque el órgano de contratación se ha atenido exclusivamente a lo dispuesto en el Ordenamiento.

Cuestión distinta es si tales habilitaciones resultan o no ajustadas a Derecho, tarea que se aborda a continuación.

C) El recurrente reproduce en su escrito de recurso lo establecido en las letras G y H, GRUPO 8, de la Cláusula 18 del PCAP:

<<G. Certificado de Operador Económico Autorizado Simplificaciones Aduaneras, expedido por la Agencia Tributaria (Aduanas e Impuestos Especiales) u organismo equivalente de los países miembros de la UE>>.

<<H. Autorización expedida por el Ministerio correspondiente para el desarrollo de las Actividades de Transitario, Transportista y Almacenaje-Distribución según Ley 16/1987, de 30 de julio sobre Ordenación de los Transportes Terrestres y demás disposiciones vigentes, que le acredite como Transitario Comunitario entre países de la U.E. y de la E.F.T.A., conforme al D.O.C.E. no 226/15, de 13 de agosto de 1987 y los Reglamentos no 1062 y 2823 que establecen el Régimen de Tránsito Común y Tránsito Comunitario.>>

Sin embargo, no expone motivo alguno por el que las mismas deban considerarse ilegales, más allá de la previa y genérica manifestación realizada de que se han anunciado sorpresivamente en los pliegos del contrato, cuestión ésta que ya ha sido desestimada, o de que se trata de requisitos específicos típicos de los operadores logísticos. El contrato, en sus lotes I, II y VII, tiene por objeto los servicios logísticos, por lo que es lógico que se establezcan requisitos relativos a este tipo de empresarios.

Por lo tanto, suponiendo que estos apartados hayan sido recurridos, debe desestimarse el recurso.

Se advierte únicamente que respecto de la autorización para el ejercicio de actividades de transitario y almacenaje-distribución, desde el año 2013 fue reemplazada por la autorización de operador de transporte (cfr.: artículo 119 LOTT en la redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los

Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea) y en lo que se refiere a la actividad de transportista, que no está cubierta por aquella y que, además, presenta diversas clases o especies (transporte público de mercancías, transporte público de viajeros, transporte privado complementario: artículos 42 y 103 LOTT), y que los Reglamentos citados fragmentariamente- (Reglamento CEE 1062/87 de la Comisión, de 27 de marzo de 1987, por el que se establecen disposiciones de aplicación y medidas de simplificación del régimen de tránsito comunitario y Reglamento CEE 2823/87 de la Comisión, de 18 de septiembre de 1987, relativo a los documentos que se deben utilizar para la aplicación de las medidas comunitarias que impliquen el control del uso y/o del destino de las mercancías) se hallan en la actualidad derogados (lo fueron por el Reglamento CEE 1214/92 de la Comisión, de 21 de abril de 1992, por el que se establecen disposiciones de aplicación y medidas de simplificación del régimen de tránsito comunitario y por el Reglamento CEE 3566/92 de la Comisión, de 8 de diciembre de 1992, relativo a los documentos que se deben utilizar para la aplicación de las medidas comunitarias que impliquen el control del uso y/o destino de las mercancías, a su vez hoy derogados), como igualmente ha sido sustituido el régimen de tránsito comunitario por el de tránsito de la Unión en el CAU, lo que, por otro lado, dio lugar a la introducción de ciertos cambios en el citado Convenio de 1987 por medio de las Decisiones 1/2016 de la Comisión mixta UE-AEL sobre el tránsito común de 28 de abril de 2016 y 1/2017 de 5 de diciembre de 2017.

D) En cuanto a la impugnación que se formula por la recurrente respecto de las habilitaciones de seguridad, concretadas, según se ha dicho, en hallarse en posesión de la habilitación de seguridad de empresa (HSEM) y de habilitación de seguridad de establecimiento (HSES) ambas en grado reservado, disponer de suficiente personal (al menos cuatro) con habilitación personal de seguridad (HPS) de igual o superior grado que la información clasificada manejada o clasificada y para el manejo de material nacional de cifra de al menos una persona con HPS de esta especialidad de igual o superior grado que el asignado a dicho material (cfr.: grupo 9 de la cláusula 18, transcrita en el antecedente de hecho undécimo).

Dando aquí por reiterado lo que hemos dicho en la letra B) de este fundamento sobre la forma pretendidamente sorpresiva de la exigencia (como hemos dicho, no es así, ya que es en los pliegos donde deben contemplarse los requisitos necesarios para concurrir a la licitación), este Tribunal hace suyos los términos del informe evacuado por el órgano de contratación.

En efecto, el artículo 15.5 LCSPDS es del todo concluyente al indicar que, cuando los contratos públicos supongan el uso de información clasificada o requieran acceso a la misma, el órgano de contratación deberá exigir a la empresa *"estar en posesión de las habilitaciones correspondientes en materia de seguridad de empresa o de establecimiento o equivalentes de acuerdo con el grado de clasificación de la información",* previsión que luego completa el artículo 21 LCSPDS, que en su párrafo segundo contempla la obligación del órgano de contratación de *"incluir la exigencia a los candidatos o licitadores de estar en posesión de las correspondientes habilitaciones en materia de seguridad de empresa y, en su caso, de establecimiento, de conformidad en todo caso con el grado de clasificación de la información".* Difícilmente podía ser de otro modo, por lo demás, cuando el artículo 8 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales señala como efectos de la clasificación el que *"solamente podrán tener conocimiento de las 'materias clasificadas' los órganos y personas debidamente facultadas para ello"* y la *"prohibición de acceso y las limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las 'materias clasificadas'"* y, correlativamente, la obligación del personal que sirva en la Administración de *"cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger"* aquellas.

El ámbito de nuestro control en este punto es extremadamente limitado, y una vez que el órgano de contratación sostiene que la ejecución del contrato requiere acceso a información clasificada (tal y como se lee en la memoria del expediente de licitación; cfr.: antecedente de hecho duodécimo), habremos de aceptar tal aseveración, sin que en ningún caso nos corresponda enjuiciar si la información merece o no tal protección. No es solo una cuestión de respeto al principio de discrecionalidad técnica o de que, en puridad, el que una materia esté o no clasificada es una cuestión previa al procedimiento de licitación y ajeno, por lo tanto, a nuestra incumbencia, sino que, además, la jurisprudencia ha dejado sentado el criterio de que la decisión sobre tal punto corresponde a los órganos mencionados en la legislación de secretos oficiales (cfr.: Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995 –BOE 23 de diciembre de 1995-), que solo puede ser revisada, en su caso, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo a través del oportuno recurso (cfr.: Sentencias de la Sala III del Alto Tribunal de 4 de abril de 1997 –Roj STS 2359/1997-, STS 2389/1997 y STS 2391/1997-).

Lo único que podremos hacer entonces es comprobar si, sentado el carácter clasificado de una materia, las habilitaciones de seguridad exigidas resultan o no ajustadas a las previsiones de la LCSPDS y a los principios rectores de la contratación pública, así como verificar si el requisito es coherente con las propias normas dictadas por la Autoridad Nacional Delegada para ello (en nuestro caso, el Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia de acuerdo con la Orden PRE/2130/2009, de 31 de julio, por la que se designa la Autoridad Delegada para la Seguridad de la Información Clasificada originada por las partes del Tratado del Atlántico Norte, por la Unión Europea y por la Unión Europea Occidental).

Pues bien, en este sentido, y de acuerdo con la Norma NS/06, apartado 3.1, dispone en sus párrafos primero, segundo, tercero y cuarto:

<<Para participar en cualquier actividad, contrato, programa o proyecto clasificado de grado "CONFIDENCIAL o equivalente" o superior, el contratista deberá disponer de la HSEM del grado adecuado a la información que vaya a manejar. Las HSEM podrán ser de uno de los siguientes grados: "SECRETO o equivalente", "RESERVADO o equivalente" y "CONFIDENCIAL o equivalente".

La concesión de una HSEM implica que la ANPIC [Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada] ha determinado positivamente la capacidad y fiabilidad de un contratista para generar y acceder a información clasificada hasta un determinado grado, sin que le habilite para manejar o almacenar dicha información en sus propias instalaciones.

Aquellos contratistas que necesiten manejar, almacenar o generar información clasificada en sus instalaciones necesitarán disponer, además, de HSES del grado adecuado.

La concesión de una HSES implica que el contratista ha implantado un sistema de protección basado en órganos de control del tipo y grado adecuados al grado de la información clasificada que se vaya a manejar, almacenar o generar dentro de su organización de acuerdos con las exigencias de seguridad física establecidas en la normativa aplicable, y que dicho sistema de protección ha sido evaluado de manera positiva por el organismo correspondiente.>>

Y en cuanto a la habilitación de seguridad del personal, la Norma NS/02 señala en su apartado 2.1, párrafos primero y cuarto:

<<La habilitación personal de seguridad (HPS) es la resolución positiva de la ANPIC por la que, en nombre del Gobierno del Reino de España, reconoce formalmente la capacidad e idoneidad de una persona para tener acceso a información clasificada en el ámbito y grado autorizado, al haber superado el proceso de investigación de seguridad y haber sido concienciado en el compromiso de reserva que adquiere y en las responsabilidades que se derivan de su incumplimiento, resolución que se materializa en un documento firmado por la ANPIC.

[…].

Deberán disponer de HPS todas aquellas personas que manejen información clasificada de grado "CONFIDENCIAL o equivalente" o superior, los encargados de su custodia y traslado y, en general, cualquiera que pueda contar con la posibilidad razonable de tener acceso a ella.>>

Confrontadas las normas transcritas con la redacción de la cláusula 18 del Pliego que es objeto de impugnación, este Tribunal no encuentra fundamento alguno para apreciar vicio de legalidad en ella, toda vez que lo único que hace es exigir que la empresa y un número mínimo del personal cuente con las habilitaciones precisas para salvaguardar la seguridad de la información a la que puede acceder el contratista. Nada se ha alegado sobre si ese número es excesivo o desproporcionado; antes bien, el único argumento que se esgrime como fundamento de la impugnación es el que las habilitaciones de seguridad no se exigen a quienes concurran a los lotes III, IV, V y VI, pero el mismo es insuficiente para llegar al resultado pretendido por la recurrente, por más que, ciertamente, se ha echado en falta que por parte del órgano de contratación se expusieran las razones de tal distingo. En todo caso, este argumento se antoja inviable dadas las diferencias entre los ambos grupos de lotes: en los lotes III, IV, V y VI se contrata la realización de un servicio de transporte en sentido estricto, en tanto que en los lotes I, II y VII la prestación del contratista es más compleja, abarcando la misma organización del traslado (*"Estos lotes* [los lotes III, IV, V y VI] *se diferencian del lote II en la concepción del servicio"*, reza la memoria; cfr.: antecedente de hecho décimo). En suma, lo que la recurrente debería haber probado es que las habilitaciones de seguridad requeridas al Lote II no son procedentes, y es aquí donde nada se ha probado ni tan siquiera alegado, lo que aboca a la desestimación del motivo.

E) La misma suerte debe correr la impugnación que se hace del inciso 3 del grupo 9 de la cláusula 18, relativa a las solicitudes de participación suscritas por uniones temporales de empresas, a propósito de las cuales se dispone (cfr.: antecedente de hecho undécimo):

<<3. Para el caso de UTE:

Para el caso de empresarios que concurran agrupados en "Uniones temporales de empresas" (UTE,s), y debido al contenido de las prestaciones a desarrollar en los contratos objeto del acuerdo marco, para las acreditaciones de seguridad indicadas anteriormente , se establecen las siguientes normas:

3.1. Acreditación de seguridad de empresa (HSEM): Se precisará que alguna de las empresas participantes en la UTE tenga la correspondiente HSEM. Una vez adjudicado el contrato, todas las empresas de la UTE deberán disponer de la HSEM correspondiente.>>

Para la recurrente, se trata de una estipulación contraria a los principios de libre concurrencia, igualdad y no discriminación.

El reproche no puede prosperar, y basta para ello con traer a colación el contenido del apartado 6.9.1 de la Norma de Seguridad NS/06, en la que se lee:

<<Cuando una unión temporal de empresas (UTE) vaya a presentar oferta a un con- trato que requiera acceso a información clasificada de grado «CONFIDENCIAL o equivalente» o superior, se precisará que alguna de las empresas participantes en la UTE tenga concedida la correspondiente HSEM.

Una vez adjudicado el contrato, todas aquellas empresas de la UTE deberán estar en posesión de la HSEM correspondiente, y aquellas que vayan a manejar información clasificada en sus instalaciones necesitarán disponer además de la HSES correspondiente.>>

El Pliego, pues, hace estricta aplicación de las Normas de seguridad aprobada por la Autoridad Nacional y, siendo ello así, y partiendo una vez más de que, efectivamente, el adjudicatario del Lote II tendrá a su cargo el manejo y tratamiento de información clasificada, no cabe sino confirmar la legalidad de aquel, visto que, como dijimos en nuestra Resolución

555/2014, aquellas constituyen *"una reglamentación administrativa interna que vincula a los órganos de contratación de las Administraciones Públicas"* y que *"dada su naturaleza y alcance, no pueden ser objeto del recurso especial en materia de contratación su interpretación o el control de su aplicación, aspectos a los que no alcanza la competencia de este Tribunal, limitada al examen de la exigencia de estas habilitaciones en la medida en que los términos de la misma pudieran infringir los principios o preceptos rectores de la contratación del sector público".* Y es que, si en esa ocasión asumimos la posibilidad de controlar la exigencia de habilitaciones de seguridad que vayan más allá de lo previsto en ese mínimo que constituyen las Normas de Seguridad, cuando el Pliego se limita –como aquí sucede- a exigir el cumplimiento de los requisitos establecidos por las referidas normas de seguridad, este Tribunal –y cualquier órgano administrativo- debe asumir el contenido de aquel, pues, de otro modo, estaríamos revisando la legalidad de aquellas, algo que, obviamente, excede de nuestras atribuciones.

Decae, en consecuencia, la impugnación.

Undécimo. A) Se alza igualmente HIPERTRANS, S.A. frente al contenido de la cláusula 42 del Pliego, relativa a la subcontratación, y, en particular frente al inciso que, en punto al Lote II, establece (cfr.: antecedente de hecho decimoquinto):

<<Para el Lote I y II: El objeto de este acuerdo marco en los lotes I y II es el de operador logístico en el marco de los servicios de transporte internacional y nacional de material, en este sentido el adjudicatario podrá utilizar los servicios de las diferentes compañías aéreas, navieras, etc. que considere adecuadas en cada caso para una efectiva prestación del servicio. Esta utilización se enmarca dentro del servicio integral contratado y no se considera subcontratación.>>

A juicio de la recurrente, al negar a las empresas transportistas de la condición de subcontratistas, aparte de negar la realidad de las cosas, infringe la LCSPDS al soslayar los criterios para seleccionar a los subcontratistas y dejar desprotegidos a estos del régimen de pagos previsto en aquella.

Se opone el órgano de contratación, para el que el sentido de la cláusula que ahora nos atañe es aclarar que los trabajos que los operadores logísticos conciertan con los proveedores

ordinarios de su actividad no es subcontratación, *"ya que no resulta posible exigir que un operador logístico deba disponer de flotas de barcos o aviones, etc., pero sí puede proveerse de los servicios de transporte ordinarios".*

B) Los artículos 61.1 de la LCSPDS y 215.1 de la LCSP no definen de forma precisa qué debe entenderse por subcontratación. Se limitan a indicar, a efectos de la subcontratación, que el contratista puede concertar con terceros la realización parcial de la prestación (salvo que los pliegos lo prohíban en determinados casos).

El Tribunal entiende que no todas las contrataciones con terceros que el adjudicatario realice para ejecutar la prestación contratada con la Administración son necesariamente "subcontrataciones", a los efectos establecidos en las Leyes de Contratos.

Como dijimos en nuestra Resolución 579/2018, en relación con la subcontratación:

"Pues bien, a falta de una definición legal de este concepto (salvo lo que dispone el artículo 29 de la Ley 38/2003, General de Subvenciones), el Tribunal comparte la opinión vertida en el Anuario Aragonés del Gobierno Local de 2013, de que en puridad sólo puede hablarse de subcontratos en aquellos en que los contratistas ponen su trabajo – la realización de una obligación de hacer, una prestación – y no a quienes ponen material, que serán más bien suministradores, pero no técnicamente subcontratistas. El diccionario de la RAE define la subcontratación como "contrato que una empresa hace a otra para que realice determinados servicios, asignados originalmente a la primera". En conclusión, dice el mencionado Anuario, el subcontrato puede definirse como el contrato mediante el cual el sujeto de derecho que ha recibido el encargo de realizar una determinada prestación, encarga a su vez la realización de la misma – en realidad, de parte de la misma – a un tercer sujeto de derecho".

El lote II de este contrato tiene por objeto los servicios de un operador logístico. Tal y como afirma el órgano de contratación en su informe al recurso, la logística comprende todas las actividades relacionadas con el flujo de materiales, desde el punto inicial hasta el punto final, determinados por el Mº de Defensa, contemplando, además de las actividades materiales, aquellas otras mediante las que se planifica, organiza, regula y controla dicho flujo material, de forma eficiente.

Por tanto, en este caso la actividad en que consiste el contrato conlleva la necesidad de concertar por parte del adjudicatario los contratos de transporte precisos para ejecutar la prestación, dado que, como afirma el órgano de contratación, no es exigible que un operador logístico deba disponer de flotas de barcos o aviones. Por tanto, el normal cumplimiento del contrato exige que el adjudicatario contrate con empresas de transporte para llevar a cabo la prestación comprometida.

Como dice el artículo 29 de la Ley 38/2003 General de Subvenciones (norma que lógicamente no es aplicable en este ámbito, pero que sirve como criterio interpretativo ante la falta de definición de este concepto por la LCSPDS y la LCSP): "q*ueda fuera de este concepto* [el de subcontratación] *la contratación de aquellos gastos en que tenga que incurrir el beneficiario para la realización por sí mismo de la actividad subvencionada*". En nuestro caso, la normal ejecución de la actividad contratada con la Administración, la "*realización por sí mismo del contrato de operador logístico*", implica la necesidad de celebrar contratos de transporte con empresas transportistas, por lo que no es lógico ni procedente someter estos contratos a los límites que sobre la subcontratación establecen los artículos 61 de la LCSPDS y 215 y siguientes de la LCSP. Contratos que, por tanto, no se consideran "subcontratación".

Así pues, este motivo de recurso debe desestimarse.

Duodécimo. A) El último de los motivos de impugnación del Pliego que se aduce en el Recurso 658/2018 se refiere a las condiciones especiales de ejecución del contrato que se contienen en las cláusulas 39 y 40 (cfr.: antecedente de hecho decimocuarto), a las que reprocha ser excesivamente genéricas, no responder en algún caso a la naturaleza de las condiciones especiales de ejecución y no ser exigibles a las empresas transportistas.

El órgano de contratación, por su parte, niega tales reproches y sostiene su conformidad a Derecho al ajustarse a los requisitos de los artículos 20 LCSPDS y 202 LCSP.

B) La cláusula 39 del PCAP establece como condición especial de ejecución:

<<*La acreditación del cumplimiento por parte del contratista en relación con el personal que presta los servicios objeto de este AM, de: […] Los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales que resulten de aplicación, salvo que las condiciones del convenio*

colectivo de empresa fuesen más favorables para los trabajadores, en tal caso se aplicarán estas últimas.>>

-El artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE y el 202 de la LCSP, efectivamente, permiten a los órganos de contratación (ambos textos legales emplean el verbo "podrán") establecer condiciones especiales en relación con la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos, pudiendo referirse, en especial, a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Pues bien, una cosa son estas condiciones especiales de ejecución y otras muy distintas, en primer lugar, el conjunto de obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social de preceptiva observancia aplicables en cada caso con motivo de la ejecución de las prestaciones del contrato, y en segundo lugar, las obligaciones distintas de la principal que se hayan establecido, previsto y delimitado debidamente en el Pliego de Cláusula Administrativas Particulares (PCAP).

Respecto de las primeras, es decir, el conjunto de obligaciones legales establecidas por la legislación sectorial medioambiental, laboral o social de preceptiva observancia, ha de afirmarse, en primer lugar, que no son condiciones especiales de ejecución porque, a diferencia de éstas, son obligaciones legales, lo que significa que se aplica y exigen per se, por imperativo legal, y están ya establecidas, por lo que no hay que establecerlas en lugar ni momento alguno. En segundo lugar, las condiciones especiales se pueden establecer para atender diversas finalidades como son (art. 202) promover, eliminar, favorecer, garantizar, etc. esas finalidades que enumera la Ley, a diferencia de las obligaciones legales, que pueden obedecer a finalidades muy diversas. En tercer lugar, las condiciones especiales se vinculan a la ejecución del objeto del contrato, que es la ejecución de la prestación debida o conducta a que se obliga el contratista, y se ciñen a esa ejecución de la prestación o a los factores que intervienen en ella, mientras que las obligaciones legales sectoriales (medioambiente, social, laboral) son de general aplicación a la actividad de la empresa y en concreto, de la contratista. En cuarto lugar, el órgano de contratación debe adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de dichas obligaciones legales y para comprobar su cumplimiento (artº 201 LCSP) mientras que, por el contrario, las condiciones especiales de ejecución tienen fines de

promoción, impulso, favorecimiento, evitación, etc. y carácter potestativo, siempre vinculadas a procurar la satisfacción de dichos fines en la ejecución de la prestación debida por el contratista, por lo que su establecimiento y configuración es, en principio, facultativa.

Por otra parte, las condiciones especiales de ejecución son distintas de las obligaciones diferentes de la principal que se hayan establecido, previsto y delimitado debidamente en el Pliego de Cláusula Administrativas Particulares (PCAP). Ello es así, en primer lugar, porque aquéllas se refieren a consideraciones económicas o relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social en la ejecución de la prestación contratada, que es la obligación principal del contratista, mientras que estas obligaciones diferentes son aquéllas establecidas sin carácter principal en el PCAP y distintas de la misma, pero sí son obligaciones contractuales Por ello, y en segundo lugar, su objeto son prestaciones exigibles ex contractu, son prestaciones debidas, mientras que las condiciones especiales son circunstancias accesorias a la ejecución de la prestación principal o de las complementarias y demás previstas en el PCAP. Y en tercer lugar, mientras que las obligaciones principales han de preverse necesariamente en el PCAP como obligaciones de la contratista frente al órgano de contratación, las condiciones especiales de ejecución pueden o no establecerse, pero si se establecen, es solo elemento circunstancial de la prestación principal debida (la voluntariedad de la condición especial deriva de los preceptos citados de la Directiva 2014/24 y LCSP, lo que es distinto del hecho de que la LCSP imponga que en cada contrato se introduzca al menos una condición especial, lo que implica que es obligatorio establecer una, pero la que se establezca es de configuración voluntaria, no obligatoria determinada por Ley o por pacto contractual). En fin, en cuarto lugar, mientras que la obligación diferente a la principal se puede configurar como esencial a efectos de convertir su incumplimiento en causa de resolución del contrato, para ello es preciso que previamente se concrete y determine con precisión dicha obligación y se prevea como tal obligación diferente de la principal en el PCAP, pues en caso contrario no existiría ni como obligación diferente de la principal ni por ello, podría calificarse como obligación esencial; por el contrario las condiciones especiales de ejecución, pueden establecerse como tales pero solo pueden calificarse como obligaciones esenciales si se delimitan y configuran debidamente, no de forma meramente genérica.

En nuestro caso, la configuración como condición especial de ejecución de "*La acreditación del cumplimiento por parte del contratista en relación con el personal que presta los servicios*

objeto de este AM, de: […] Los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales que resulten de aplicación, salvo que las condiciones del convenio colectivo de empresa fuesen más favorables para los trabajadores, en tal caso se aplicarán estas últimas", no es posible. Ello es debido a que la condición resultaría de la conversión de una obligación convencional de abonar las retribuciones previstas en el convenio sectorial, lo que supone que esa obligación debe previamente estar establecida por pacto, es decir, no es una obligación ex lege que se imponga en todo caso, sino que, en nuestro caso, esa obligación solo podría existir y tener carácter contractual, si se cumple lo determinado en el artículo 122.2 de la propia LCSP, que determina lo siguiente:

*"2. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los criterios de solvencia y adjudicación del contrato; las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan; los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato; la previsión de cesión del contrato salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1**;** la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación; y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo…".*

Pues bien, solo con la inclusión y previsión el PCAP de esa singular obligación no principal del contratista adjudicatario de cumplir las condiciones salariales del convenio sectorial de aplicación, existirá esa obligación convencional que prevalezca sobre otros convenios o pactos sociales, y solo en tal caso dicha obligación puede convertirse en el propio pliego en obligación esencial a los efectos de convertirla en causa de resolución, lo que solo será posible si se define y determina perfectamente esa obligación y se la convierte en causa especial de resolución del contrato ex artículo 192.2 en relación con el artículo 211.1 f), ambos de la LCSP.

En nuestro caso, el artículo 122 de la LCSP impone que en el PCAP se prevea e incluya la citada obligación ***de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación,*** evidentemente respecto de los trabajadores que intervengan en la ejecución del contrato, que nace así como una obligación convencional

o contractual. Pues bien, si esa obligación no se establece como obligación convencional en el PCAP mal se puede convertir por determinación del propio Pliego en obligación esencial cuyo incumplimiento sea causa de resolución, obligación que habría de ser perfectamente determinada en todos sus aspectos, y sin que quepa equiparar a ese procedimiento el convertirla en condición especial de ejecución, ya que como hemos advertido más arriba, una condición especial de ejecución es circunstancial de la ejecución respecto del objeto del contrato, que en nuestro caso son las prestaciones principales contratadas y las demás no principales previstas en el PCAP, cual es la citada a incluir ex artículo 122 de la LCSP en el PCAP.

Por tanto, no es admisible que esa obligación no prevista ni determinada con precisión en el pliego que rige esta licitación se convierta por mor de la cláusula 39 en condición especial de ejecución.

-Desde otra perspectiva, la conversión en condición especial de ejecución de la obligación que cita el artículo 122 de la LCSP de prever en él el cumplimiento de *las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación,* evidentemente respecto de los trabajadores que intervengan en la ejecución del contrato, presenta serias dificultades en cuanto que difícilmente puede cumplir los requisitos exigidos en el artículo 202 de la LCSP, procedentes de las Directivas sobre contratación pública, tal y como los interpreta el TJUE.

Esos requisitos son (art. 202.1 LCSP): que estén vinculadas al objeto del contrato, en el sentido del artículo 145, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos.

En nuestro caso no se cumpliría el requisito de no ser discriminatoria, directa o indirectamente, a la luz de la doctrina del TJUE resultante de sus sentencias de 3 de abril de 2008, Asunto C-.346/06 RÜFFERT; 18 de septiembre de 2014, Asunto C-549/13 y de la de 17 de noviembre de 2015, Asunto C-115/14, referidas todas ellas a cuestiones prejudiciales referentes a normativas nacionales que imponen a los licitadores y a sus subcontratistas que se comprometan a pagar al personal que ejecute las prestaciones objeto del contrato público un salario mínimo obligatorio, bien en relación a trabajadores de empresas de otros países de la

UE, desplazados o no al país de la licitación, bien en relación a trabajadores del propio país de la licitación. En esencia dicha doctrina considera que la imposición de una condición especial de ejecución consistente en establecer una medida de protección mínima de los trabajadores consistente en que se les pague un salario mínimo establecido, es discriminatoria si esa condición no está establecida con carácter general y obligatoria y debidamente determinada por una norma legal o por un convenio colectivo declarado de general aplicación para todo el sector de actividad a que se refiere la licitación y para todos los contratos públicos que se celebren en dicho territorio de aplicación de la norma o del convenio.

En nuestro caso, la primera salvedad que se plantea deriva del tenor del artículo 122, pues el imponer en el PCAP la obligación del adjudicatario de *cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación* puede interpretarse en el sentido de que si bien esa sea la obligación general, no excluye la excepción de la existencia convenios de empresa derivados del descuelgue de la empresa del convenio colectivo sectorial de aplicación, que sería preferentemente aplicable, pues, en caso contrario, se incurriría, como exponemos a continuación, en un efecto discriminatorio no admisible al no cumplirse los requisitos exigidos por el TJUE para imponer dicha condición especial de ejecución.

Y la segunda es que la citada obligación no podría convertirse en condición especial porque no se cumpliría el citado requisito de no ser discriminatoria de acuerdo con la doctrina del TJUE al respecto. Esta doctrina admite que no es discriminatorio establecer esa condición especial de ejecución siempre que una disposición legal o un convenio colectivo declarado de aplicación general establezca esa obligación, como medida legal de protección mínima, y la concrete y cuantifique en unos salarios mínimos obligatorios; se aplique a todo el sector de actividad comprendido en el objeto del contrato; se aplique a todos los contratos públicos que se celebren en el ámbito territorial de eficacia de la norma legal o del convenio declarado de aplicación general, aunque no se extienda también a los contratos privados, y no se imponga respecto de trabajadores de empresas adjudicatarias que van a desarrollar o ejecutar la prestación pactada en ámbito territorial en el que no es aplicable dicha norma o convenio.

Pues bien, en nuestro caso, es obvio que el convertir en condición especial de ejecución una obligación de cumplir las obligaciones económicas establecidas en el correspondiente

convenio sectorial aplicable, no es admisible si no se concretan con precisión los importes respectivos y se impone la obligación por una disposición legal o por un convenio colectivo declarado de general aplicación, lo que no es el caso, y también es discriminatoria si se pretende, sin esa previa generalización, que afecte a trabajadores de empresas radicadas en un ámbito territorial en que se aplica otro convenio sectorial y la actividad se ejecuta en ese otro territorio o si se trata de empresas con convenio de empresa, pues la obligación, sin esa previa generalización, no se les podría imponer, de donde resultaría el efecto discriminatorio prohibido por la norma.

-Además, en nuestro caso, el PCAP califica y convierte un conjunto de obligaciones legales, no convencionales, en condiciones especiales de ejecución que caracteriza como "obligaciones contractuales esenciales", de modo que el incumplimiento de estas obligaciones es causa de resolución del contrato.

El mencionado artículo 202 de la LCSP enumera una serie de consideraciones sociales que se pueden establecer como finalidades propias de condiciones especiales de ejecución, entre las que se encuentra "*el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables"*, pero no los convenios de empresa. Esta ampliación de la condición especial de ejecución a los convenios de empresa no se considera ajustada a Derecho, además de por no estar relacionados en el artículo 202 de la LCSP, porque el Considerando 98 de la Directiva 2014/24/UE establece que las condiciones de ejecución relacionadas con aspectos sociales no deben elegirse o aplicarse de una forma que discrimine a los operadores económicos de otros Estados miembros, de modo que los requisitos que afecten a condiciones básicas de trabajo, como las cuantías del salario mínimo, deben seguir situándose en el nivel establecido por la legislación nacional, o por convenios colectivos que se aplican de conformidad con el Derecho de la Unión en el contexto la Directiva 96/71/CE. Sin perjuicio de que, conforme al Derecho Laboral aplicable, el empresario contratista deba abonar a los trabajadores los mejores salarios establecidos en su convenio de empresa.

Además, cuando el artículo 202 regula estas condiciones especiales de ejecución lo hace indicando las "finalidades" que se persiguen. Debido a las consecuencias importantes que lleva aparejado el incumplimiento de estas condiciones especiales (la resolución del contrato), las mismas deben definirse con precisión. En este caso, habría que indicar cual o cuales son

los convenios colectivos concretos de aplicación, y las condiciones económicas concretas que el empresario deberá cumplir respecto de sus trabajadores.

En consecuencia, el recurso debe ser estimado en este punto.

C) Tampoco merece nuestro juicio favorable a la consideración como condiciones especiales de ejecución de la acreditación del cumplimiento por parte del contratista de "*las obligaciones salariales y sociales legalmente establecidas",* y de *"las normas de prevención de riesgos laborales y de coordinación de actividades empresariales, por parte del contratista, en relación con el personal que presta los servicios objeto de este AM."*

El juicio es desfavorable por las mismas razones indicada más arriba en la letra B) de este Fundamento. La condición especial de ejecución ha de establecerse, configurarse y determinarse caso por caso, con precisión y detalle, única forma de establecerla en un contrato como condición exigible, y única forma de apreciar su vinculación o no con el objeto del contrato, la prestación principal y los factores que en su ejecución intervienen y que no es discriminatoria ni directa ni indirectamente, y única forma de dotar de seguridad jurídica a la empresa adjudicataria contratista a los efectos de su cumplimiento o incumplimiento y apreciación de, en ese último caso, de si concurre o no causa de resolución, como exige el artículo 211.1,f), de la LCSP. En definitiva, la mera referencia o cita genérica a las obligaciones legales o convencionales laborales o sociales no implica establecer condición especial de ejecución alguna.

En el caso concreto que nos atañe hemos de declarar que las condiciones especiales de ejecución a las que aludimos no son ajustadas a Derecho, por lo ya indicado y, en particular, porque su redacción es demasiado amplia y genérica, careciendo del grado de concreción exigible, es decir, en realidad el PCAP no establece condición especial de ejecución alguna, ya que de su texto no resulta su establecimiento por la mera remisión genérica a obligaciones legales o convencionales exigibles. El Pliego debe incluir los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes (cfr.: artículos 122.2 LCSP y 67.2.n) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre), y lo debe hacer con precisión, en aras a salvaguardar el principio de transparencia (cfr.: artículos 1.1 y 132.1 LCSP y 23.1 LCSPDS),

el cual, como corolario del principio de igualdad de trato*, "tiene esencialmente por objeto garantizar que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicataria"* (cfr.: Sentencia TJCE, Sala Sexta, de 29 de abril de 2004 –asunto C-496/99-, apartado 111), implicando *"que todas las condiciones y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de manera clara, precisa y unívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma"* (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Primera, de 7 de abril de 2016, asunto C-324/14, apartado 61).

Más aun, tratándose de condiciones especiales de ejecución cuyo incumplimiento es causa de resolución del contrato, ha de tenerse en cuenta aquí, por la remisión que hace al mismo el artículo 202.3 LCSP, lo dispuesto en el artículo 211.1.f) LCSP, en cuyo número 2º se exige que esas causas de resolución *"figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca […], no siendo admisibles cláusulas de tipo general".*

Llegados a este punto, la lectura de las condiciones de ejecución de la cláusula 39 a las que venimos aludiendo revela que su redacción no se ajusta a los requisitos enunciados, es decir, no se establecen. Exigir el cumplimiento de obligaciones salariales del empresario con sus trabajadores empleados en la contrata, sin mayor precisión, genera una situación de incertidumbre acerca de cuál es la obligación cuyo incumplimiento puede dar lugar a la resolución del contrato, dado que no es posible conocer de antemano si el pliego se refiere a la cuantía del salario (cfr.: artículos 4.2.f) y 26 ET), a la forma y tiempo de su pago (cfr.: artículo 29 ET), a las pagas extraordinarias (cfr.: artículo 31 ET), etc. Indefinición mayor si cabe en el caso de las *"obligaciones sociales",* de las que no es posible siquiera atisbar cuáles sean esas, a no ser que se entiendan como tales todas las derivadas de la relación laboral (vacaciones, permisos, etc.), lo que constituiría, por lo demás, una cláusula "de tipo general" proscrita por el citado artículo 211.1.f) LCSP.

Otro tanto acaece con el cumplimiento de las normas de prevención de riesgos laborales, de contenido muy heterogéneo, que va desde la declaración genérica del derecho a la protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo (cfr.: artículo 14.1 LPRL) y de los correlativos principios de la acción preventiva (cfr.: artículo 15 LPRL) hasta medidas más

concretas como la implantación y aplicación de un plan de prevención (cfr.: artículo 16 LPRL), adecuación de los equipos de trabajo (cfr.: artículo 17 LPRL), deber de información y consulta a los trabajadores (cfr.: artículo 18 LPRL), formación de estos (cfr.: artículo 19 LPRL), vigilancia periódica de su estado de salud (cfr.: artículo 22 LPRL), adopción de medidas de emergencia (cfr.: artículo 20 LPRL), cooperación entre las empresas cuyos trabajadores desarrollen actividades en un mismo centro, deber del empresario titular del centro de proporcionar la información necesaria en relación a los riesgos existentes y vigilancia por el empresario principal del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales de sus contratistas y subcontratistas (cfr.: artículo 22 LPRL), etc.

En suma, el órgano de contratación ha incumplido la obligación que le incumbe de definir con exactitud las condiciones especiales de ejecución, lo que aboca, por ser contrarios al principio de transparencia y a los artículos 122.2, 202 y 211.f) LCSP, a la anulación de los incisos *"las obligaciones salariales y sociales legalmente establecidas"* y *"las normas de prevención de riesgos laborales y de coordinación de actividades empresariales, por parte del contratista, en relación con el personal que presta los servicios objeto de este AM"* que se contienen en la cláusula 39.

D) Tampoco es posible admitir la validez de la inclusión del cumplimiento de obligaciones tributarias como condición especial de ejecución. Es digna de elogio la preocupación del órgano de contratación, pero ello no le autoriza a elevar aquellas a la categoría de condición especial de ejecución. No existe aquí la vinculación con el objeto del contrato que exige el artículo 202.1 LCSP ya que en nada afecta a la ejecución de la prestación ni a los factores que intervienen en ella. El único interés que protege la cláusula en cuestión es el de la Hacienda Pública, y aunque este, sin duda, merece ser tutelado, no puede otorgársele la naturaleza de condición especial de ejecución, al no guardar relación con el objeto del contrato, requisito esencial para ello de acuerdo con el artículo 202.1 LCSP.

A este resultado conduce igualmente la historia de la tramitación parlamentaria de la LCSP, durante la cual se propusieron diversas enmiendas tanto en el Congreso de los Diputados (nº 142, nº 293, nº 294, nº 672, nº 912; cfr.: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Seria A: Proyectos de Ley, nº 2-2, 16 de marzo de 2017, págs. 107-109, 223, 224, 523, 717-718) como en el Senado (nº 7 y nº 47; cfr.: Boletín Oficial de las

Cortes Generales, Senado, XII Legislatura, nº 145, 18 de septiembre de 2017, págs. 8 y 30-31), en las que se planteaba la posibilidad de tomar en cuenta, como condiciones de ejecución, consideraciones de tipo fiscal, referidas a la tributación en paraísos fiscales y que, como es sabido, no prosperaron, revelando así la voluntad del legislador contraria a tales medidas.

Estos mismos argumentos, en fin, son aplicables *"mutatis mutandis"* a la inclusión del cumplimiento de las obligaciones en materia de seguridad social.

Se impone, en consecuencia, por ser contrario al artículo 202.1 LCSP, la anulación del inciso *"las obligaciones con la Seguridad Social, y las tributarias"* que figura en la cláusula 39 del Pliego.

E) Resta por aludir, por último, a la consideración de tipo medioambiental contenida en la cláusula 40, en la que se menciona como condición de ejecución la del

<<*cumplimiento de la política medioambiental de las BAE,s* [Bases, Acuartelamientos, Establecimientos y otras Propiedades del Ministerio de Defensa] *donde se ejecuten las prestaciones contenidas en el AM* [Acuerdo Marco] *y CB,s* [contratos basados]*, así como cuantas normas medioambientales de carácter general sean de aplicación. A tal efecto, el contratista deberá ser informado por los correspondientes responsables del MINISDEF de las medidas y normas que tanto él como su personal han de respetar.>>

Desconoce este Tribunal –por no especificarse en los Pliegos, ni siquiera por remisión a algún documento del expediente o a algún otro de pública difusión- en qué consiste esa política medioambiental que se reputa condición especial de ejecución, con lo que ni siquiera es posible adivinar si guarda relación con el objeto del contrato en el sentido definido por los artículos 202.1 y 145.6 LCSP. Y esta indefinición no puede salvarse por el hecho de que se prevea el deber de información al contratista por parte de los responsables del Ministerio de Defensa de las medidas, porque es en el pliego en el que deben quedar definidas las obligaciones de las partes del contrato, tal y como se ha expuesto en el apartado C) precedente, que damos aquí por reiterado.

El órgano de contratación, en suma, debería haber identificado cuál sea esa política medioambiental que debe cumplir el adjudicatario, las obligaciones derivadas de ella y cuál o cuáles de ellas (una, varias o todas) se entiende como condición especial de ejecución. Deferirlo a las concretas instrucciones que puedan dictar lugar en el futuro los responsables del Ministerio de Defensa es dejar al contratista al albur de este y desplazar a la fase de ejecución la definición de una parte esencial de los pliegos.

En consecuencia, por resultar contraria a los principios de transparencia y a los artículos 122.2, 202 y 211.1.f) LCSP, se impone la anulación de la cláusula 41 del Pliego, debiéndose advertir que la anulación comprende la totalidad de la misma, al referirse ella exclusivamente a la comentada condición especial de ejecución.

Decimotercero. Llegados a este punto, una vez que se han resuelto los distintos motivos aducidos en los recursos acumulados, y estimado en parte de uno de ellos, resta por referirse al alcance del fallo que pronunciamos.

A este respecto, y dado que el recurso parcialmente estimado se refirió solo al Lote II de los comprendidos en el Acuerdo Marco, debemos precisar que, por respeto al principio de congruencia (cfr.: artículo 57.2 LCSP), el efecto anulatorio del fallo solo se refiere a aquel.

De igual modo, y solo en relación al lote II, se impone la retroacción del procedimiento al momento anterior de la aprobación de los pliegos rectores de la convocatoria, para que, si el órgano de contratación entiende oportuno licitar de nuevo los servicios del mencionado Lote II, apruebe un nuevo Pliego que se ajuste a lo aquí resuelto.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. E. G. P. en nombre de AGILITY SPAIN, S.A. frente a los Pliegos rectores de la licitación del *"Acuerdo Marco de servicios de operador logístico del Ministerio de Defensa"* (expediente 2018/JCMDEF/00000001).

Segundo. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. J. G. B. en nombre de HIPERTRANS, S.A. contra los pliegos rectores de la licitación del acuerdo marco antes reseñado y, en consecuencia, y solo en relación con el Lote II de los comprendidos en él,

A) Anular las cláusulas 39 y 40 del PCSP.

y

B) Ordenar la retroacción del procedimiento de licitación del lote II al momento anterior a la aprobación de los Pliegos rectores para que, si el órgano de contratación estima oportuno licitar de nuevo los servicios comprendidos en aquel, apruebe un nuevo Pliegue que se ajuste a lo aquí declarado y resuelto.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento acordada por Resolución de 16 de julio de 2018.

Cuarto. 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 artículo 58 de la LCSP.

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