



Recurso nº 1293/2018

Resolución nº 47/2019

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

En Madrid, a 24 de enero de 2019.

VISTO el recurso interpuesto por D.G.B.C., en nombre y representación de la mercantil PEGASUS AVIACIÓN, S.A., contra los pliegos reguladores de la licitación convocada por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para la licitación del “*Servicio con helicópteros bombarderos pesados para la lucha contra incendios forestales. Años 2019, 2020 y 2021*”, con expediente 2018/0000106, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Junta de Contratación del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente ha tramitado el procedimiento para la licitación del “*Servicio con helicópteros bombarderos pesados para la lucha contra incendios forestales. Años 2019, 2020 y 2021*”, con expediente: 2018/0000106.

El contrato se divide en seis lotes. El valor estimado del contrato es de 51.211.969,47 euros, IVA excluido.

Segundo. Se publicó la licitación del expediente referenciado en el Suplemento al Diario Oficial de la Unión Europea (TED) el 16 de noviembre de 2018, en el Boletín Oficial del Estado el día 20 de noviembre de 2018, y en la plataforma de contratación del sector público el 17 de noviembre de 2018, sin perjuicio de diferentes rectificaciones posteriores.

Tercero. La licitación se ha llevado a cabo de conformidad con los trámites previstos en la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP en adelante), aprobada por 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, y en cuanto no se encuentre derogado por ésta, por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y por lo previsto en cualesquiera otras disposiciones complementarias de tales normas.

Cuarto. Según documento incorporado por el órgano de contratación al expediente administrativo, la única entidad que ha presentado oferta en el procedimiento de licitación ha sido la mercantil BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES ESPAÑA, S.A.U.

Quinto. En la presente licitación son objeto de recurso el pliego de cláusulas administrativas particulares y el pliego de prescripciones técnicas, por los motivos que más adelante se verán.

Sexto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se 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 (LCSP en adelante) se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido éste acompañado del correspondiente informe.

Séptimo. En fecha 19 de diciembre de 2018, por la Secretaría del Tribunal se dio traslado del recurso al resto de licitadores a fin de que pudieran formular alegaciones, sin que ninguno de ellos lo haya verificado así.

Octavo. El 14 de diciembre de 2018 se dictó resolución por la Secretaria del Tribunal en la que se acordó, por delegación de éste, conceder la suspensión del procedimiento solicitada por el recurrente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, que debe calificarse como especial en materia de contratación, se interpone ante este Tribunal que es competente para resolverlo de



conformidad con lo dispuesto en el artículo 45.1 de la LCSP y en el artículo 22.1.1º 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 (RPERMC).

Segundo. Nos encontramos ante un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, por lo que el mismo es susceptible de impugnación mediante recurso especial en materia de contratación, de conformidad con el artículo 44.1.a) de la LCSP.

A su vez, son objeto del recurso los pliegos reguladores de la licitación, por lo que se trata de actos susceptibles de impugnación conforme al apartado a) del artículo 44.2 de la LCSP.

Por todo ello, el objeto del recurso se ha configurado correctamente.

Tercero. En cuanto a la legitimación, el recurrente no ha presentado ninguna proposición en el procedimiento. No obstante, examinado su objeto social, es posible inferir su interés en participar en la licitación del contrato que ahora nos atañe, unido al hecho de que su recurso se dirige contra elementos capitales para la configuración de la licitación, como es la naturaleza misma del contrato licitado o la fórmula de determinación del precio, circunstancias tales que pueden afectar directamente a su acceso a la licitación.

No obsta a ello, pues, el que el licitador no haya concurrido a la licitación (cfr.: antecedente de hecho decimocuarto) y no pueda, por tanto, aspirar a la adjudicación del contrato, que es el interés legítimo que de ordinario se reputa suficiente y necesario para interponer el recurso especial en materia de contratación (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).

En efecto, como este Tribunal ha mantenido en multitud de ocasiones, ese principio 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-), y, de hecho, se



ha llegado 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-).

El Derecho comunitario, como hemos recordado igualmente en otras ocasiones, avala esta postura. Así, 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 la jurisprudencia europea ha ido más allá al extender la legitimación 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-).

Cuarto. La interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal del artículo 50.1 de la LCSP, al no haber transcurrido más de quince días hábiles desde la publicación de los pliegos y la de presentación del recurso.

Quinto. La mercantil PEGASUS, en aplicación de los artículos 56.4 de la LCSP y 30 del RPERMC, ha solicitado la práctica de prueba, consistente en solicitar la admisión del informe técnico titulado: *«Estudio del sector de extinción de incendios forestales con helicóptero en España. Análisis y diagnóstico del sector»* y en la declaración del autor de dicho trabajo.

Se tiene por presentado e incorporado el informe indicado como prueba documental, si bien no se admite la práctica de la prueba como pericial siendo improcedente la llamada a declaración del Sr. A. M..



El informe en cuestión es un documento elaborado con carácter previo al nacimiento de la controversia, pues data de septiembre de 2017, mientras que el acuerdo de inicio del expediente de contratación es de octubre de 2018, por lo que no su objeto no puede versar sobre hechos contenidos en el expediente, pudiendo constituir prueba concreta de su error, al no haberlos podido tener en consideración, sin perjuicio de que su contenido sí pueda estar relacionado con el mismo y sirva en consecuencia para ilustrar a este Tribunal.

Es por ello que el informe no puede ser calificado como prueba pericial, motivo por el que es improcedente la toma de declaración de su autor.

Sexto. En cuanto al fondo del recurso, la primera alegación contenida en el mismo se refiere a la inadecuada naturaleza del contrato, que a juicio de la recurrente debería haber sido calificado como un contrato de concesión de servicios y no como un contrato de servicios.

En particular, entiende el recurrente que la configuración del contrato traslada a los licitadores el riesgo operativo de la actividad, lo cual es propio y diferenciador del contrato de concesión de servicios frente al contrato de servicios.

La impugnación subyacente a la indicada y desarrollada en el siguiente motivo del recurso, consiste en la discusión de la configuración del precio del contrato, al entender que la misma no permite cubrir los costes a corto y medio plazo, lo que conlleva que el precio no sea justo y produzca una restricción indebida de la competencia.

Para examinar cómo se ha calculado el precio debemos acudir al cuadro de características, por remitirnos éste al pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante, PCAP). En el apartado 8 se establece la formulación del precio como sigue:

«Precios unitarios Se fijan los siguientes precios unitarios máximos (IVA excluido), que, a continuación, se relacionan:

- *Día de disponibilidad de un HK en campaña de verano: 5.197,44 €*



- *Día de disponibilidad de un HK en campaña de invierno: 4.531,11 €*
- *Hora de vuelo de un HK: 3.068,38 €*
- *Mes de operador de comunicaciones en campaña de verano: 3.280,99 €*
- *Mes de operador de comunicaciones en campaña de invierno: 2,385,95 €».*

Resulta fundamental también el examen del apartado 22 del cuadro de características, que se ocupa de los plazos de ejecución en los siguientes términos:

«24 meses, desde la fecha de inicio de la campaña de verano de 2019, según el procedimiento descrito en el apartado 2.2 "Período de prestación del servicio" del PPT o, desde el día siguiente a la formalización del contrato, en el caso de que esta formalización sea posterior al 1 de junio de 2019.

Los Lotes 1, 2, 3, 4 y 5, constarán de:

- *Dos campañas de verano previstas entre el 1 de junio y el 30 de octubre, salvo circunstancias excepcionales en cuyo caso podrá alargarse la campaña hasta el 15 de noviembre. En ningún caso, el tiempo de prestación de este servicio podrá superar la fecha del 15 de noviembre, fecha límite del periodo estival.*
- *Dos campañas de invierno previstas de febrero a mayo.*

El Lote 6 constará de:

- *Dos campañas de verano previstas entre el 1 de junio y el 30 de octubre, salvo circunstancias excepcionales en cuyo caso podrá alargarse la campaña hasta el 15 de noviembre. En ningún caso, el tiempo de prestación de este servicio podrá superar la fecha del 15 de noviembre, fecha límite del periodo estival».*

A continuación, en el cuadro de características se desglosan los plazos de ejecución de los diferentes lotes, pudiendo transcribir aquí, a modo de ejemplo, el referente a los lotes 1 a 4:

«Desglose Lotes 1, 2 y 4:



Año 2019.- Campaña de verano: *estimados 122 días consecutivos por aeronave desde la fecha de inicio campaña de verano de 2019, según el procedimiento descrito en el apartado 2.2 "Período de prestación del servicio" del PPT o, desde el día siguiente a la formalización del contrato, en el caso de que esta formalización sea posterior al 1 de junio de 2019, entre los meses de junio y octubre, salvo circunstancias excepcionales en cuyo caso podrá alargarse la campaña hasta el 15 de noviembre. Los periodos de prestación del servicio serán determinados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) en función del riesgo de incendio. Se abonará el servicio efectivamente prestado.*

Año 2020.- Campaña de invierno: *estimados 60 días consecutivos desde la fecha de declaración del riesgo, entre los meses de febrero y mayo; campaña de verano: estimados 122 días consecutivos por aeronave desde la fecha de declaración del riesgo, de junio a octubre, salvo circunstancias excepcionales en cuyo caso podrá alargarse la campaña hasta el 15 de noviembre. Los periodos de prestación del servicio serán determinados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) en función del riesgo de incendio. Se abonará el servicio efectivamente prestado.*

Año 2021.- Campaña de invierno: *estimados 60 días consecutivos desde la fecha de declaración del riesgo, entre los meses de febrero y mayo. Los periodos de prestación del servicio serán determinados por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (MAPA) en función del riesgo de incendio. Se abonará el servicio efectivamente prestado».*

El pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) se ocupa en la cláusula 2 del periodo de prestación del servicio y de los días de disponibilidad estimados.

El órgano de contratación se opone a las alegaciones de la recurrente, para lo que acompaña en realidad dos informes, uno de carácter eminentemente jurídico, y otro de corte técnico. Considera, esencialmente, que la distinción fundamental entre el contrato de servicios y el de concesión de servicios no radica exclusivamente en el traslado del riesgo operacional, sino en la propia gestión del servicio, la cual se traslada también al contratista en el contrato de concesión, mientras que el órgano de contratación la



mantiene en el contrato de servicios. Además, desde el punto de vista técnico se esgrimen diferentes argumentos que contradirían las alegaciones de PEGASUS.

Pues bien, este Tribunal ha examinado en distintas ocasiones la diferencia de naturaleza entre los contratos de concesión de servicios y el contrato de servicios. Efectivamente, en la Resolución 58/2017, de 20 de enero de 2017, que se cita por el recurrente, se examina esta cuestión, sin que podamos llegar, no obstante, a la misma conclusión.

En aquella Resolución se dijo:

«En la Resolución número 550/2015, de fecha 12 de junio de 2015, señaló el TACRC: “Hay que analizar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas para determinar cuál es la naturaleza jurídica real del contrato licitado. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala que el objeto del contrato es la gestión del servicio público de Recogida de Residuos, Limpieza Urbana y Gestión del Ecoparque, bajo la modalidad de concesión. Ahora bien, tal y como viene reiterando este Tribunal en numerosas resoluciones, el elemento característico de toda concesión de servicios públicos consiste en la asunción por el contratista de la totalidad o de una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio.

Con base en dicha premisa, hemos abordado la diferenciación entre el contrato de servicios y la concesión de servicio público. Así, por ejemplo, en la Resolución nº 634/2014, de 12 de septiembre, tras indicar que la nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación, señalábamos que en los términos en que se define la “concesión de servicios” en la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión (artículo 5.1), implica “la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación... abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del



mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Insistiendo en esta consideración, en la Resolución nº 141/2015, de 13 de febrero, tomando también como referencia informes sobre esta materia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puntualizábamos que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio. Como, asimismo, se refleja en esta última Resolución, en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que “El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios”.

*Parece patente, como ha reiterado este Tribunal, que el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: **la existencia de transmisión de riesgos al contratista.** En el caso que ahora nos ocupa, el elemento central al que cabe acudir para determinar*



si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

En el mismo sentido se pronunció la Resolución del Tribunal de fecha 12 de enero de 2016 dictada en el recurso nº 1319/2015, C.A. Galicia 183/2015, al señalar:

“En este orden de cosas, y como bien aduce la recurrente, el criterio fundamental - aunque no el único- para distinguir entre la concesión de servicios públicos y el contrato de servicios es que en el primero el concesionario asume la totalidad o una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio (artículos 1.4 de la Directiva 2004/18/CE y 277 a) y 281.1 TRLCSP, así como Sentencias del TJCE de 27 de octubre de 2005 – asunto C-234/03-, 18 de julio de 2007 –asunto C-382/2005-, 10 de septiembre de 2009 – asunto C-206/08- y Resoluciones de este Tribunal 80/2013, 91/2013, 222/2013, 41/2014, 82/2014 y 215/2014, entre otras). Por riesgo de explotación económica debe entenderse “el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado”, esto es, “el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio”, no así los vinculados a la mala gestión o a los errores de apreciación del operador económico, al ser éstos inherentes a cualquier contrato (cfr.: Sentencia TJUE, sala Tercera, 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09)”».

Realizando una lectura no parcial de la Resolución transcrita, que era, todo sea dicho de paso, desestimatoria del recurso por considerar el contrato bien calificado como de servicios, se aprecia que este Tribunal ha venido sosteniendo que se entiende que el contrato es de concesión de servicios cuando existe una traslación íntegra o significativa



del riesgo operacional. Ello se puede traducir en diferentes posibilidades, como se recoge en los párrafos transcritos, no limitativas:

- Incertidumbre sobre la recuperación, en condiciones normales de mercado, de las inversiones realizadas o la cobertura de los costes contraídos.
- Exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.
- Exposición incierta a la competencia de otros operadores.
- Riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios.
- Riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados.
- Riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación.
- Riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio...

En el presente caso, es cierto que no existe una certidumbre plena sobre los días en los que se va a requerir la prestación del servicio; si bien no quiere ello decir que se haya trasladado el riesgo operacional por completo o de manera significativa al contratista.

El hecho de que el contrato no se configure con una certeza plena no altera la naturaleza del contrato ni elimina el general principio de riesgo y ventura. Por un lado, la LCSP contempla en diferentes disposiciones, como son el artículo 309 o la disposición adicional trigésimo tercera, la posibilidad de que las Administraciones Públicas contraten determinados suministros o servicios sin el conocimiento inicial de los bienes o servicios que finalmente requerirán. Esa falta de determinación no produce automáticamente una incertidumbre que traslade al contratista el riesgo operacional del contrato, sino que forma parte del general principio de riesgo y ventura.

En el presente caso, el recurrente no justifica en qué medida son necesarias inversiones que el contrato no puede resarcir. Más bien, del examen completo del recurso se deduce que la Administración ha modificado en cierto modo la prestación del contrato,

retribuyendo en mayor medida el uso efectivo del servicio frente a la retribución anterior que se centraba más en la potencial disponibilidad del servicio. Tal opción es lícita y legítima, y será examinada con más detalle en los fundamentos posteriores.

Como ha quedado transcrito respecto del cuadro de características, el órgano de contratación realiza estimaciones definidas de los días en los que va a ser necesaria la prestación del servicio, y refiere las mismas al plan de riesgo de incendios. Los licitadores deberán calcular el precio que pueden ofertar teniendo en cuenta los márgenes de oscilación de las necesidades, que no solo pueden ser menores que los previstos, sino también pueden ser mayores. Véase al efecto el apartado 28 del cuadro de características en el que se contempla la posible modificación del contrato por un eventual incremento de las necesidades a cubrir.

No cabe duda de que un contrato que depende de forma sustancial de las condiciones climatológicas es un contrato en el que hay un factor notable de aleatoriedad. No obstante, la aleatoriedad se encuentra mitigada por la existencia de datos históricos y previsiones futuras razonables, por lo que existen elementos suficientes para realizar estimaciones prudentes de las necesidades a cubrir¹.

Lo que no aprecia justificado este Tribunal es que el azar inherente al presente contrato sea tal y genere en los licitadores tal riesgo, que este último se haya desplazado decisivamente hacia ellos, impidiéndoles obtener ninguna ganancia a corto o medio plazo.

Por un lado, el hecho de que se haya presentado al menos una oferta en el procedimiento de licitación (se ha de tener en cuenta que se trata de un sector económico muy reducido) demuestra que hay al menos una empresa que aprecia posibilidades de obtener ganancias mediante la ejecución del contrato. Por otro, la demanda del servicio no va a depender del capricho del órgano de contratación, tal y como parece desprenderse del recurso; sino que el servicio que efectivamente se demandará se hace

¹ El informe técnico de la unidad promotora remite a la información estadística obrante en la página web del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, en el que efectivamente, constan los datos históricos que permiten realizar una estimación de las necesidades del servicio.
https://www.mapa.gob.es/es/desarrollo-rural/estadisticas/Incendios_default.aspx



depender de factores determinados, en concreto, del riesgo de incendio, el cual se calcula en atención a elementos específicos.

Todos los razonamientos anteriores, en un contrato en el que no se exige ninguna inversión preceptiva para la prestación del servicio (opone el órgano de contratación que las aeronaves pueden arrendarse; al mismo tiempo que suelen utilizarse en otros territorios cuando no se demanda su utilización en ejecución del contrato), nos llevan a considerar que en el contrato cuestionado no se ha excedido el principio de riesgo y ventura propio de cualquier contrato administrativo, no siendo razonable hablar de un contrato de concesión de servicios públicos.

En consecuencia, el primer motivo ha de desestimarse.

Séptimo. A continuación, el recurrente alega error en la determinación del precio. Considera el recurrente que:

- No se han realizado consultas preliminares de mercado, las cuales habrían permitido al órgano de contratación haber determinado con acierto los precios del contrato.
- Desconoce cómo se han calculado los precios, pues no consta en el expediente el cálculo realizado para establecer los mismos; y, de hecho, achaca arbitrariedad a la Administración en su cuantificación a la vista de las respuestas facilitadas a determinadas preguntas que le remitió con anterioridad a la interposición del recurso.
- Se ha producido un cambio de retribución, de modo que se reducen las retribuciones por día disponible y se incrementan las retribuciones por horas de vuelo. Por ello, considera el recurrente que se produce una pérdida en los ingresos que hace inviable la prestación del servicio.

Frente a los argumentos de la recurrente, la Administración opone que:

- En la determinación de los precios la Administración goza de un amplio margen de discrecionalidad.

- La fórmula seguida para la determinación del precio ha sido la establecida con carácter general en el Real Decreto 1525/2010, de 15 de noviembre, por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de medios aéreos para la lucha contra los incendios forestales (en adelante, PCAGC).

- La fijación de los precios se ha realizado en atención al informe que elaboró la entidad SERVICIOS Y ESTUDIOS PARA LA NAVEGACIÓN AEREA Y LA SEGURIDAD AERONÁUTICA, S.M.E., S.A., en adelante SENASA, de fecha 1 de marzo de 2018. Dicho informe consta como Anexo I del informe técnico elaborado por la unidad promotora del órgano de contratación.

- Las consultas preliminares de mercado son facultativas, por lo que no se ha infringido la normativa de aplicación.

Examinadas las alegaciones de las partes, no puede prosperar la reclamación del recurrente. En el apartado 8 del cuadro de características, por remisión de la cláusula 3 del PCAP, el órgano de contratación no hace sino cumplir las exigencias del PCAGC en cuanto a la estructura de los precios a fijar.

La cláusula 5 del PCAGC establece:

«5. Precio del contrato

5.1 Composición del precio del contrato: El precio del contrato se compondrá de los siguientes sumandos:

Disponibilidad por día: Comprenderá los gastos necesarios para que la aeronave con la que se dará el servicio que se contrata esté operativa desde el orto al ocaso en la base de operaciones a la que la Administración la haya destinado. Incluirá tanto los gastos relativos a la máquina como a los pilotos y personal de mantenimiento.

Hora de vuelo: Comprenderá los gastos derivados del vuelo de la aeronave operativa durante una hora. Incluirá tanto los gastos de combustible como los correspondientes a mantenimiento de vuelo.

Personal de base y mantenimiento de base: Comprenderá los gastos necesarios para la contratación de personal de comunicaciones y para la habitabilidad de la base y para la integración de la misma en el sistema de comunicaciones de la Comunidad autónoma en la que ésta se encuentre, de acuerdo con lo que la Administración establezca en el Pliego de prescripciones técnicas».

Efectivamente, en el cuadro de características, como ya quedó transcrito con anterioridad, el precio del contrato diferencia los costes derivados de días de disponibilidad –verano e invierno-, horas de vuelo y personal de base y mantenimiento.

Por otro lado, respecto al origen de los precios utilizados, en el Informe elaborado por SENASA consta de manera detallada el desglose de los costes directos fijos, diferenciando distintos elementos, tales como: la parte proporcional de amortización por día, seguros de casco, tripulación y responsabilidad civil, salarios, alquiler y mantenimiento de instalaciones... Y también se detallan los costes directos variables.

Según el informe técnico de la unidad promotora, los precios se determinaron añadiendo a los costes reflejados en el informe de SENASA el porcentaje de beneficio industrial que estimaron adecuado, el cual queda reflejado en la tabla nº3 del informe técnico remitido a este Tribunal.

La pretensión del recurrente consiste en imponer a la Administración un modo diferente de cálculo de los precios. Sin embargo, como opone la Administración, la misma goza de discrecionalidad a la hora de determinar el precio del contrato y la forma en que configura la satisfacción de sus necesidades.

En el presente caso existe una contraposición de pareceres, pretendiendo el recurrente que se incorpore a esta licitación un método distinto de cálculo de precios, apoyado en un informe técnico presentado al respecto. Sin embargo, según entiende la unidad promotora, el informe técnico aportado por la recurrente no es correcto, pues se sobreestiman los costes fijos en detrimento de los costes variables.



Hemos de indicar que la discrecionalidad de la Administración no puede interpretarse por el recurrente como una arbitrariedad, ni puede presumir que la Administración va a realizar un uso injustificado del servicio que resulte perjudicial para los contratistas, máxime cuando el objeto del servicio es crítico.

El hecho de que, según el recurrente, otras Administraciones hayan asumido esquemas diferentes de contratación que se acomodan a las pretensiones del mismo no quiere decir que el sistema elegido por el órgano de contratación sea inadecuado, máxime cuando las cifras que expone el recurrente en su escrito no suponen una variación sustancial frente a licitaciones anteriores. Además, el órgano de contratación, a diferencia de aquellas otras Administraciones a las que se refiere el recurrente, se encuentra vinculado por un sistema de determinación de precios previsto en un PCAGC que le resulta de obligado cumplimiento.

En definitiva, hemos de mantener la doctrina de este Tribunal, de sobra conocida, y recogida, entre otras, por las Resoluciones 652/2018, 888/2018 o 899/2018, que establece:

«Para analizar si puede apreciarse o no la denunciada vulneración de los artículos 101.7 y 102.3 LCSP hay que partir del tenor literal de estos preceptos. El artículo 101.7 LCSP, que se refiere al valor estimado de los contratos, se limita a establecer que “[L]a estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.” Y, por su parte, el artículo 102.3 LCSP, relativo al precio dispone que “Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto base de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

En aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios colectivos sectoriales,



nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios”.

Como se colige de la mera lectura de los preceptos transcritos, la determinación tanto del valor estimado como del precio del contrato corresponde al órgano de contratación, si bien el legislador ha querido establecer como principio general, en relación con la fijación del precio -que es en definitiva la cuestión objeto del presente recurso- que el mismo ha de ser adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato y que la correcta estimación de su importe ha de hacerse atendiendo al precio general de mercado. El derogado artículo 87.1 del TRLCSP contenía una formulación similar, bajo cuya vigencia se han venido dictando una serie de Resoluciones por este Tribunal, a cuya doctrina ha de aludirse en este momento. En efecto, este Tribunal ha declarado que “la determinación del precio del contrato tiene la consideración de criterio técnico y, como tal, está dotado de discrecionalidad técnica (Resoluciones 237/2017, de 3 de marzo, y 423/2017, de 12 de mayo, entre otras)”. El respecto de esta discrecionalidad técnica obliga a este Tribunal a ser muy prudente cuando lo que se pretende es que anule y deje sin efecto esta determinación, como aquí sucede.

De igual manera, este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre recursos en los que se cuestionaba la determinación del precio del contrato alegando que resulta incompatible con el cumplimiento de disposiciones de carácter social y, en particular, de los convenios colectivos de aplicación. En este sentido, la Resolución no 37/2018, de 19 de enero de 2018, dictada en relación con la impugnación del Pliego de un contrato de servicios de ayuda domiciliaria del Ayuntamiento de Pontevedra, con cita de otros precedentes, recuerda que “lo fundamental, en suma, es que el presupuesto de licitación esté en consonancia con el precio de mercado de la prestación en proporción a su contenido (Resoluciones 66/2012, de 14 de marzo, o 292/2012, de 5 de diciembre), siendo forzoso reconocer en esta materia un amplio margen de estimación a la Administración (Resolución 420/2013, de 26 de septiembre)”. En términos semejantes se pronuncian otras muchas resoluciones de este Tribunal, entre otras, la no 66/2012, que cita en su informe el órgano de contratación».

En definitiva, y a modo de conclusión, en el presente caso existe una disparidad de criterio que no es suficiente para que este Tribunal aprecie un error manifiesto en la determinación del precio que impida o restrinja la concurrencia entre licitadores, la cual, efectivamente, sí se ha producido, motivo por el cual debe prevalecer la presunción de acierto y la discrecionalidad de la Administración.

Octavo. En el siguiente punto del recurso, el recurrente pone en cuestión la indeterminación tanto del objeto como de la duración del contrato. En este punto se reiteran de nuevo las alegaciones que han ido siendo ya examinadas en diferentes puntos de esta Resolución.

El recurrente invoca principalmente los artículos 28 y 99 de la LCSP, bajo la consideración de que tales preceptos obligan a determinar con precisión la prestación del contrato, tanto en su duración como en su cantidad.

Lo cierto, sin embargo, es que como hemos señalado con anterioridad, la LCSP contempla la posibilidad de que los servicios no sean cerrados y determinados con antelación, sino que cabe acomodar, como no podía ser de otra manera, los servicios exigidos y prestados a las necesidades efectivas. Así se desprende del propio artículo 99 de la LCSP, citado por el recurrente: *«1. El objeto de los contratos del sector público deberá ser determinado. El mismo se podrá definir en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, sin cerrar el objeto del contrato a una solución única. En especial, se definirán de este modo en aquellos contratos en los que se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten»*.

Lo que no debe confundirse, en cualquier caso, es la definición del objeto, con la cantidad requerida del mismo. En el presente contrato las necesidades administrativas a satisfacer son claras; igualmente lo es el objeto del contrato y la ejecución de la prestación; resultando únicamente determinable, que no indeterminada, la cantidad final de horas y días de prestación del servicio, pues no es posible su conocimiento apriorístico.



Por tanto, no se aprecia infracción de la LCSP, por lo que el motivo debe decaer.

Noveno. Por último, el recurrente discute el régimen de penalidades previsto en el contrato. A su juicio el régimen previsto es desproporcionado e incongruente.

Frente a ello, el órgano de contratación nada ha explicado en su informe al recurso.

Pues bien, el régimen de penalizaciones se encuentra dentro de los márgenes establecidos en los artículos 192 y siguientes de la LCSP, cuestión que no se discute por la recurrente. La impugnación orbita, más bien, sobre dos aspectos diferentes: el primero, una posible confusión sobre las penalidades por día de aeronave inoperativa y día de servicio defectuoso; y, en segundo lugar, la cuestión sobre qué ocurriría en un caso de que un día fuera inoperativo, en el sentido de cuestionar si la penalización se vería además agravada por la imposibilidad de facturar dicho día con cargo al presupuesto del contrato.

Respecto a la segunda pregunta, no concierne a este Tribunal aventurar la interpretación que de los pliegos deba realizarse en ejecución del contrato. Toda vez que no se cuestiona la oscuridad de ninguna cláusula en particular que haya de ser objeto de interpretación por este Tribunal, pues la duda planteada derivaría del juego de la ejecución, facturación e imposición de sanciones, y se basa en una hipótesis, no es competencia de este Tribunal adelantar una respuesta que vincule la futura ejecución del contrato.

En cuanto a la primera cuestión, el órgano de contratación se remite al PCAGC, que se ocupa de las penalidades por demora en la cláusula 9.3, siendo el PCAP incorporación de la misma.

Entiende este Tribunal que el régimen de sanciones previsto, en concreto, las letras a) y b) del apartado 29.2 del cuadro de características, que son las que se mencionan en el recurso, se acomodan a la configuración del precio del contrato, que precisamente ha sido objeto de examen con anterioridad.



Toda vez que el precio se descompone, entre otros elementos, en días de disponibilidad y horas de vuelo, consideramos que las penalidades previstas se coordinan con tales elementos. El apartado 29.2 del cuadro de características establece lo siguiente:

«De acuerdo con el artículo 192.1 de la LCSP, la imposición de las penalidades por cumplimiento defectuoso no podrá superar el 10 por ciento del precio del contrato, impuestos indirectos excluidos. A continuación se indican las distintas penalidades por cumplimiento defectuoso contempladas en este pliego:

a) Día de aeronave inoperativa: aquel en que la aeronave o alguno de sus sistemas integrados hayan estado 6 o más horas averiado, sin ser sustituido por otra aeronave equivalente impidiendo la correcta actuación de la misma. Se penalizará con el valor de adjudicación de un día de disponibilidad del aeronave incrementado en un 20%.

No obstante a partir del 7º día de inoperatividad, se penalizará con el valor de adjudicación de un día de disponibilidad incrementado en un 50%.

b) Día de servicio defectuoso: aquel en el que la aeronave no haya podido actuar por causas inherentes a la empresa durante un tiempo inferior a 6 horas, sin ser sustituida por la aeronave de reserva. Se penalizará con el valor de adjudicación de cada hora de vuelo por el número de horas sin actuación».

Aunque es cierto que los pliegos pueden llevar a cierta confusión al utilizar en ambas letras el mismo margen horario, seis horas, y utilizar los conceptos: «Día de aeronave inoperativa» y «Día de servicio defectuoso», los cuales no resultan muy esclarecedores, cabe entender que la penalización de la letra a) se refiere a aquellos días en los que la aeronave no ha estado operativa sin haberse requerido el vuelo efectivo, de ahí que la sanción se refiere al coste de un día de disponibilidad (5.197,44 €). Efectivamente, la aeronave debe estar disponible para actuar, pero no por ello deberá haberse necesitado su vuelo efectivo.



Por el contrario, en la letra b) se estarían refiriendo los pliegos al supuesto en el que se requiere el vuelo efectivo de la aeronave y no se puede contar con él, motivo por el cual se sanciona con el coste de las horas necesitadas y perdidas (3.068,38€).

De no realizar tal interpretación, que se ampararía en una lectura sistemática y teleológica de los pliegos (artículos 1284, 1285 y 1286 del Código Civil), efectivamente sería más beneficioso para el prestador del servicio encontrarse inoperativo durante un día completo que por menos de seis horas, interpretación contraria a la lógica más elemental, al principio de economía y eficacia administrativa y a la lógica interna de los pliegos.

Por tanto, a la vista de tales razonamientos, se estima que el régimen de sanciones se acomoda a las exigencias de la LCSP, motivo por el cual el motivo ha de desestimarse.

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.G.B.C., en nombre y representación de la mercantil PEGASUS AVIACIÓN, S.A., contra los pliegos reguladores de la licitación convocada por el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación para la licitación del “*Servicio con helicópteros bombarderos pesados para la lucha contra incendios forestales. Años 2019, 2020 y 2021*”, con expediente 2018/0000106.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento acordada al amparo de lo dispuesto en los artículos 49 y 56 de la LCSP, según lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el 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 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.