

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 13 de junio de 2012

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por Don D.C.A., en nombre y representación de la Asociación Española de Compañías Aéreas (AECA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, correspondientes al expediente de contratación C117/001-12 (03-EG-00420.2/2012), "Prestación de servicios de helicópteros necesarios para la coordinación de siniestros, protección civil, búsqueda y rescate, y prevención y extinción de incendios en la Comunidad de Madrid (tres lotes)", este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 8 de mayo de 2012, se publicó en el BOCM y en el perfil del contratante de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación correspondiente a contrato de prestación de servicios antes descrito con un valor estimado del contrato de 14.903.532,16 € euros, y un plazo de duración de 20 meses desde la firma del contrato, con la posibilidad de prórroga por otros 20 meses.

Respecto del estado actual de tramitación del expediente de contratación consta que durante el periodo de presentación de ofertas que terminaba el día 23 de mayo, se presentaron dos ofertas.

De acuerdo con lo establecido en el PPT el objeto del contrato se divide en tres lotes:

Lote 1: a su vez dividido en dos tipo de helicópteros: Tipo A un helicóptero de rescate y coordinación y Tipo B un helicóptero de coordinación, observación, y protección civil.

Lote 2 Tipo C: tres helicópteros bombarderos

Lote 3 Tipo D: dos helicópteros de brigadas helitransportadas

Para todos ellos se establece con carácter general en el apartado “Condiciones Generales de todos los lotes” unos requisitos comunes de los que a efectos de resolver el presente recurso deben destacarse *“que los helicópteros ofertados (...) no tendrán un certificado de aeronavegabilidad restringido,” “que todas las tripulaciones (...) contarán con autorización previa de Aviación Civil para operar en España y para las misiones objeto del servicio encomendado por la presente contratación”*.

Por su parte en el PPT se establecen los requisitos de capacidad y experiencia de las tripulaciones en su apartado 8, exigiéndose correlativamente en el apartado 5 del Anexo I del PCAP que los licitadores presenten en el sobre de documentación administrativa un compromiso de adscripción de medios personales a la ejecución del contrato indicando expresamente que cumplen los requisitos establecidos en el PPT, de conformidad con el artículo 64.2 del TRLCSP.

Segundo.- Con fecha 25 de mayo de 2012, tuvo entrada en el Registro del este Tribunal el presente recurso especial en materia de contratación, previa la presentación del anuncio a que se refiere el artículo 44 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de

14 de noviembre, (en adelante TRLCSP), ante la Consejería de Presidencia y Justicia el día 22.

El mismo día 25 se requirió al órgano de contratación para que, de conformidad con lo establecido en el artículo 46.2 del TRLCSP, remitiera el expediente administrativo y el informe correspondiente.

También el día 25 de mayo se requirió a la recurrente para que aportara, documento acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien, según los Estatutos de la Asociación Española de Compañías Aéreas, corresponda la decisión para la presentación del mismo, siendo atendido dicho requerimiento el día 29.

La recurrente solicita la anulación del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante PCAP) y de Prescripciones Técnicas (en adelante PPT), por considerar que en ellos se contienen prescripciones que contradicen la normativa aeronáutica aplicable, imponiendo requisitos que superan lo establecido en dicha normativa, vulnerando el principio de jerarquía normativa y estableciendo a la postre barreras de acceso limitativas de la libre competencia y subsidiariamente que se dejen sin efecto las referencias establecidas en los pliegos en relación con aquellos aspectos que considera infringen la normativa en materia de contratación.

Añade que las exigencias del pliego que superan las previstas en la normativa aeronáutica, bien podrían establecerse como criterios de valoración, que no de selección, si bien añade que al establecerse como único criterio de adjudicación el precio, ello no resulta posible en este caso.

En concreto y en síntesis considera la recurrente que concurre causa de nulidad en las siguientes prescripciones:

- Establecimiento de una antigüedad mínima de las aeronaves por no ser un requisito de aeronavegabilidad aplicable.

- Establecimiento de unas horas mínimas de vuelo de la tripulación distintas a las exigidas por la normativa aplicable.
- Acreditación por parte de los jefes de operaciones de un mínimo de tres años en campañas contra incendios en la Comunidad de Madrid.
- Exigencia de que los aparatos destinados al servicio tengan cuatro palas en el rotor.
- Exigencia del título de Técnico de Mantenimiento para las operaciones con grúa.
- Exigencia de certificado de operador Aéreo por no ser aplicable a los vuelos de salvamento y extinción de incendios, solo a los comerciales.
- Aplicación de la Orden de 8 de marzo de 1972, que aprueba el Pliego de Cláusulas Administrativas Generales para la Contratación de Estudios y Servicios Técnicos, en cuanto establece un régimen leonino de penalidades.

Por su parte el órgano de contratación remite un informe en relación con las alegaciones de la recurrente atinentes al PCAP, acompañando un informe del Subdirector de Gestión Administrativa de la Dirección General de Protección Ciudadana relativo a los aspectos técnicos esgrimidos en el recurso respecto del contenido del PPT. Dada la variedad de cuestiones a tratar, con el objeto de lograr la mayor claridad en la presente Resolución, se expondrá el contenido de ambos informes al examinar las cuestiones de fondo alegadas.

Tercero.- Con fecha 30 de mayo de 2012, se concedió a los interesados en el procedimiento trámite de audiencia. Con fecha 5 de junio de 2012 se han recibido alegaciones de Coyotair, S.A. en las que manifiesta que estaría de acuerdo con lo alegado por la recurrente, pero solicita que no se paralice la tramitación del contrato público, ya que en caso contrario, probablemente la Comunidad de Madrid no contaría este verano con un servicio de interés general tan importante y necesario como el de extinción de incendios mediante helicóptero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Por cuanto respecta al objeto del recurso debe indicarse que éste se ha interpuesto contra el PCAP y el PPT por los que habría de regirse el contrato de servicios de referencia. De conformidad con lo establecido en el artículo 40.1 del TRLCSP: *“1. Serán susceptibles de recurso especial en materia de contratación previo a la interposición del contencioso-administrativo, los actos relacionados en el apartado 2 de este mismo artículo, cuando se refieran a los siguientes tipos de contratos que pretendan concertar las Administraciones Públicas y las entidades que ostenten la condición de poderes adjudicadores: (...)*

b) Contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del anexo II de esta Ley cuyo valor estimado sea igual o superior a 200.000 euros.

Perteneciendo el contrato a la categoría 27 “otros servicios”, con un valor estimado superior a 200.000 euros, y constituyendo el objeto del recurso tanto el PCAP, como el PPT, incluidos en el artículo 40.2 del TRLCSP, procede el recurso especial.

Segundo.- Respecto de la legitimación activa de la recurrente, una vez subsanado el defecto advertido por el Tribunal, debe entenderse que la misma ostenta legitimación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos e intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto del recurso”,* al figurar en sus estatutos entre las acciones que implica su objeto social la de *“Ejercer los procedimientos y acciones de naturaleza administrativa y jurisdiccional, para los que se encuentra legitimada la Asociación en defensa de los intereses del sector y de sus propios socios”*

Así mismo se aprecia la representación del firmante del recurso.

Tercero.- En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción el TRLCSP establece en el apartado 2.a) del artículo 44 que *“Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo (de quince días hábiles para la interposición del recurso) se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley”*.

Concretamente el citado precepto dice que *“cuando no se haya facilitado acceso por medios electrónicos, informáticos o telemáticos a los pliegos y a cualquier documentación complementaria, éstos se enviarán a los interesados en un plazo de seis días a partir de la recepción de una solicitud en tal sentido, siempre y cuando la misma se haya presentado, antes de que expire el plazo de presentación de las ofertas”*. Como ya ha tenido ocasión de indicar este Tribunal, la aplicación de este precepto en relación con el 44.2 nos llevar a concluir que el plazo para interponer el recurso cuando el pliego no se haya facilitado por medios electrónicos comenzará a partir de la fecha en que se hayan recibido éstos por el interesado que los solicitó, mientras que en el caso de que se hubiera accedido a los mismos de forma telemática, dada la imposibilidad de conocer la fecha efectiva en que el recurrente tuvo acceso a los pliegos, dicho plazo comenzará a contar desde la fecha límite establecida para la presentación de ofertas indicada en la convocatoria de licitación, que es el único hito en que puede darse por cierto el conocimiento del contenido de los pliegos por parte de los licitadores.

En el presente la recurrente manifiesta que los mismos Pliegos se publicaron en el BOCM de día 8 de mayo, momento en que se da por enterada de su contenido y que por lo tanto debe considerarse como dies a quo del cómputo del plazo, por lo que el recurso interpuesto el día 25 del mismo mes, se habría interpuesto dentro del plazo establecido para ello.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 41 del TRLCSP, en relación al artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público de la Comunidad de Madrid, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Quinto.- En este fundamento de derecho se examinarán las cuestiones relativas al PPT, de las alegadas por la recurrente. Dado que son varios los reproches que realiza la recurrente a los pliegos con el objeto de lograr la máxima claridad expositiva, se examinarán por separado.

1º Antigüedad máxima de las aeronaves: En relación con este punto el PPT exige, respecto del lote 1, que los helicópteros tengan una antigüedad no superior a 5 años, 10 para el lote 2 y 25 para el lote 3.

A este respecto la recurrente considera que el establecimiento de una antigüedad máxima de los aparatos es contraria a la normativa en la materia, constituida por el Reglamento 2041/2003, ya que la garantía de seguridad de las aeronaves no está condicionada por la edad de las mismas, sino por la validez de su certificado de aeronavegabilidad, aportando para acreditar este extremo un informe de la directora de la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA).

Por su parte la Dirección General de Seguridad Ciudadana considera en su informe que el establecimiento de unos mínimos en la edad de los helicópteros “*se potencia como mejora en la adjudicación*”, con la intención de prestar el mejor servicio al ciudadano, entendiendo que “*Cuanto más moderno sea, más prestaciones ofrecen y son más seguras además de incorporar mejores condiciones tecnológicas*”.

Con carácter general los órganos de contratación pueden establecer en los pliegos aquellas condiciones que consideren precisas y adecuadas para la

realización de la prestación objeto del contrato. Así el artículo 117.2 del TRLCSP establece con carácter de principio general que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia”*, prohibiendo expresamente su apartado 8 que se exija fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, o hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados, con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos, sin que exista un elenco de prescripciones prohibidas, debiendo ser examinadas al caso concreto.

En este caso debemos partir de la consideración de que, a diferencia de lo alegado por la recurrente, tal y como resulta de la lectura integradora de los pliegos, el certificado de aeronavegabilidad que constituye la garantía de seguridad de los helicópteros prevista en la legislación sectorial, no es sustituido en los pliegos *contra legem*, por otro requisito como la antigüedad, como se desprende de la condición comúnmente exigida para todos los lotes de que *“que los helicópteros ofertados (...) no tendrán un certificado de aeronavegabilidad restringido”*, lo que significa que los helicópteros deben contar con el indicado certificado de aeronavegabilidad, que además no deberá ser restringido y se corrobora en la exigencia contenida en el punto 16 del PPT, en cuanto a la documentación a aportar por el adjudicatario, entre la que figura dicho certificado. Por lo tanto la exigencia de una antigüedad máxima en las aeronaves, debe ser considerada como un plus en las exigencias de seguridad previsto en el pliego.

Resta por tanto determinar si a través de este plus el órgano de contratación ha introducido barreras a la libre competencia. Como más arriba se ha indicado, se consideran como tales aquellas que obstaculizan el acceso a todos los posibles licitadores.

Puede traerse a colación en relación con esta cuestión lo concluido en la

Sentencia de 13 diciembre de 2006 de la Audiencia Nacional (RJCA 2006\899) en un caso semejante al que ahora nos ocupa cuando afirma que *“(..).ni el Pliego de Prescripciones Técnicas se ha elaborado pensando en favorecer a una empresa en concreto, sino que obedece a la necesidad de un determinado tipo de helicóptero que mejor sirva a las necesidades ya contrastadas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado, y de otro, que dentro de ese margen, es susceptible de competir helicópteros de diferentes modelos, incluidos los de la actora, si se proporcionan con ello las observaciones técnicas especiales que para los mismos demanda la Administración, no de forma caprichosa o arbitraria, sino de modo motivado y razonado”*.

A la luz de todo lo anterior, no se observa por parte de este Tribunal que el establecimiento de un requisito adicional en aras a garantizar la seguridad de las aeronaves como el de su antigüedad produzca tal efecto de restricción de la competencia, puesto que no parece haber causa que impida a los licitadores ofertar aparatos de la antigüedad requerida, bien sean de su titularidad, bien mediante subcontratación.

2º. Experiencia mínima de la tripulación y jefe de operaciones. El apartado 8 del PPT “Requisitos de las tripulaciones”, establece que los pilotos comandantes de las aeronaves deberán acreditar una experiencia mínima de vuelo de 1.500 horas, estableciendo así mismo para el jefe de operaciones la exigencia de tener un mínimo de 10 años de experiencia aeronáutica como piloto en labores de extinción de incendios, rescate de montaña o coordinación de medios aéreos, de los cuales al menos 3, deberá haber trabajado en la Comunidad de Madrid.

En relación con esta cuestión la recurrente realiza dos reproches de legalidad al PPT, de un lado que en el mismo se exige que los pilotos comandantes acrediten 1.500 horas de vuelo, cuando el Real Decreto 1864/2000, de 6 de octubre, por el que se establece la habilitación de piloto agroforestal, solo exige para su obtención 300 horas de vuelo, lo que supone una invasión de las competencias estatales en

materia de regulación de las condiciones de habilitación de los pilotos al modificar vía pliego las exigencias normativas, así como una restricción a la libre concurrencia en materia de contratación, y de otro lado que la exigencia de experiencia previa en el ámbito de la Comunidad de Madrid supone una vulneración al principio de igualdad del artículo 14 de la CE, así como una restricción a la libre concurrencia.

La Dirección General de Seguridad Ciudadana manifiesta en su informe que *“(...) dado el carácter de emergencia en la coordinación de las operaciones realizadas por la Dirección General de Protección Ciudadana, así como la realización de operaciones tan críticas como las de rescate en montaña, se exige un conocimiento del territorio, la experiencia profesional en este territorio, es básica. Los vuelos se realizan en unas condiciones en las que la visión directa del territorio por parte de piloto es fundamental, por lo que el conocimiento del territorio, la experiencia profesional en dicho territorio es básica. Es una cuestión de seguridad, como ya hemos señalado. El desconocimiento del terreno puede demorar las operaciones de emergencia y pueden suponer un riesgo para el piloto y los demás tripulantes. Sobre todo cuando se trabaja en condiciones de máxima urgencia, rapidez y eficacia y en vuelos visuales.*

En definitiva, todas las empresas pueden disponer de personal que reúna estas características, por lo que este requisito de seguridad y eficiencia, que no capricho, no discrimina a ninguna empresa. Lo único que tienen que hacer es contratar a personal que tenga esa experiencia. Es práctica habitual entre las empresas de este sector la rotación de pilotos que buscan mejoras condiciones acordes con su experiencia profesional o que pretenden un puesto de trabajo en una compañía que tenga su base de operaciones próxima a la localidad en la que desean establecer su residencia”.

A este respecto igual que en el apartado anterior, debemos partir de la consideración de que es a la Administración contratante a la que corresponde definir sus necesidades con las limitaciones que la Ley establece para preservar los

principios de la contratación pública, especialmente la libre concurrencia, de acuerdo con el ya citado artículo 117 del TRLCSP.

De nuevo este Tribunal aprecia que el establecimiento de requisitos ulteriores para la ejecución del contrato respecto de la normativa que regula los requisitos mínimos para el ejercicio de la actividad contratada, no implica una derogación singular o una vulneración de la normativa aplicable, sino que únicamente tiene por objeto concretar las necesidades de la Administración en relación con el objeto del contrato. Por otro lado no se observa que la exigencia controvertida en este punto, relativa a una experiencia adicional de los pilotos de 1500 horas de vuelo, pueda implicar una restricción a la libre competencia puesto que la misma obedece a objetivos razonables, que pueden ser cumplidos a priori por cualquier empresa del sector.

Especial comentario merece el establecimiento de una experiencia mínima en la Comunidad de Madrid del coordinador de operaciones, que es examinada desde la óptica de la vulneración del principio constitucional de igualdad por la recurrente de forma errónea, puesto que es claro que no se produce en este caso ninguna discriminación por el origen del coordinador, - no se exige que el mismo sea de la Comunidad de Madrid, ni resida en la misma, ni siquiera en España como se desprende de la exigencia de que los pilotos hablen español-, sino que pueda acreditar haber trabajado antes en la Comunidad de Madrid.

Es sabido que la jurisprudencia sentada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea establecen la prohibición de restricciones a las libertades establecidas en los tratados por parte de los estados miembros, (libertad de circulación, comercio y establecimiento), salvo que se den los siguientes presupuestos: razones imperiosas de interés general que las justifiquen, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen, que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y que no sean discriminatorias. (Vid Sentencia TJUE de de 6 de noviembre de 2003, o de de 27 de octubre de 2005, Asunto C-243/01 Piergiorgio

Gambelli, entre otras o Asunto C-234/03 Contse S.A., Vivisol S.r.l. y Oxigen Salud S.A. contra Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa)). Esta última señala: “*Es preciso recordar, como han hecho todas las partes que han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia, que, con independencia de lo dispuesto en el artículo 46 CE y según reiterada jurisprudencia, las medidas nacionales que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos para atenerse a los artículos 43 CE y 49 CE: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 31 de marzo de 1993, Kraus, C 19/92, Rec. p. I 1663, apartado 32; de 30 de noviembre de 1995, Gebhard, C 55/94, Rec. p. I 4165, apartado 37, y de 6 de noviembre de 2003, Gambelli y otros, C 243/01, Rec. p. I 13301, apartados 64 y 65)*”.

Añadiendo “*A este respecto, cabe recordar que, según la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el principio de igualdad, del que el artículo 49 CE constituye una expresión concreta, prohíbe no solamente las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino también todas las formas encubiertas de discriminación que, aplicando otros criterios de diferenciación, conduzcan de hecho al mismo resultado (véanse las sentencias de 29 de octubre de 1980, Boussac Saint-Frères, 22/80, Rec. p. 3427, apartado 9, y de 5 de diciembre de 1989, Comisión/Italia, C-3/88, Rec. p. 4035, apartado 8).*”, para concluir en la parte dispositiva que los extremos que se citan en la motivación 20 corresponde verificarlos al órgano jurisdiccional nacional.

El establecimiento de criterios de experiencia en relación con un territorio determinado, se considera según la jurisprudencia citada, una contravención del principio de libre competencia en la contratación, que únicamente podrían admitirse con la concurrencia de los cuatro requisitos que establecen las citadas Sentencias.

Sin perjuicio de la existencia de un interés general (la preservación de la vida

humana y del medio ambiente), en la convocatoria de este contrato y en el establecimiento de las exigencias mínimas del servicio a contratar, y de que la exigencia controvertida, no es ajena a las labores que se recogen en el mismo, cabe plantearse si dicha exigencia puede ser discriminatoria y ser carente de justificación.

A tal efecto debe traerse a colación la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo en casos semejantes al que ahora nos ocupa.

En concreto el Tribunal Supremo en Sentencia de 16 de febrero de 2010, en el recurso de casación 3690/2007, interpuesto frente a la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 21-05-2007, relativo a un concurso público, mediante procedimiento abierto, del servicio para la aplicación aérea de productos fitosanitarios en la campaña contra la mosca del olivo que impugnaba los pliegos de cláusulas administrativas particulares y la resolución de veintinueve de julio de 2003, de la misma Consejería, por la que se hizo pública la adjudicación definitiva del concurso público del servicio antes citado, afirma *“Como nos recuerda nuestra sentencia de diecisiete de octubre de dos mil siete(sic) (RJ 2000, 8917) -recurso de casación 3171/1995 -: “Entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa, está el de igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública, y, por tanto, el procedimiento de contratación tiende a garantizar el interés público, mediante la articulación de tres principios cardinales de licitación: el principio de publicidad, el principio de la libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades”.*

Cuestionada por la parte recurrente la vulneración de estos dos últimos principios, vamos a referirnos a ellos, singularmente dentro del marco legal establecido en los artículos 11, 15, 17 y 86 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Pública, en concordancia con las correspondientes Directivas de la Comunidad Europea, sobre el alcance y contenido del Pliego de Condiciones Particulares, que constituye la norma fundamental del contrato y se caracterizan por ser una verdadera ley contractual, con preferencia a la

aplicación a cualquier otra norma.

(...)

El conocimiento del territorio por parte de los pilotos titulares de las empresas que intervendrán en la ejecución del tratamiento fitosanitario, acreditado por los trabajos realizados para la Administración, según certificación o informe positivo dictado por el funcionario competente de la unidad administrativa donde se realizaron dichos trabajos.

Esta cláusula, en cuanto barema con 0 a 39 puntos el conocimiento del territorio, supone la contravención del principio de libre competencia en la contratación administrativa, pues, exige a los pilotos titulares de las empresas que intervendrán en el tratamiento fitosanitario una experiencia específica que es totalmente inadecuada e innecesaria para la prestación del servicio público que se pretende establecer, dado que la técnica de navegación habitualmente utilizada en la fumigación o en la extinción de incendios forestales es la navegación visual que es una técnica basada en la observación directa de las referencias externas a la aeronave cuyo procedimiento de vuelo inicialmente consiste en planificar sobre una carta la ruta o servicio a seguir, estableciendo una serie de puntos de recorrido que coincidan con elementos fácilmente identificables -ríos, carreteras, iglesias, etc.-, es decir, se trata de un método de navegación muy elemental cuya técnica debe reputarse conocida por todo aquel que tenga el título que le habilite para pilotar el tipo de aeronave que se utiliza en ese tipo de trabajo, sin que la exigencia impuesta por la cláusula que examinamos represente una objetiva mejora en la prestación del servicio sino más bien la atribución de una injustificada posición de ventaja de unos profesionales respecto a otros.

Por ello, con esta especificidad establecida en el Pliego acerca de cómo se computará la experiencia de los pilotos según el grado de conocimiento del territorio que tengan según discrecionalmente apreciará el funcionario de la unidad administrativa donde se realizaron anteriores trabajos similares, conculca los principios rectores de la contratación administrativa al consagrarse en nuestro

sistema jurídico, el principio de la libre concurrencia, potenciado con la integración del Estado español en la Unión Europea. En el mismo sentido puede citarse la reciente Sentencia de 24 noviembre 2011 RJ 2012\2439, (...)."

Esta aplicación por parte del Tribunal Supremo al caso concreto de los principios establecidos por el TJUE, al reunir suficiente identidad de razón con el asunto que nos ha sido sometido, permite considerar que el establecimiento de la exigencia de experiencia limita la libre competencia. A ello debe sumarse que en el expediente no se encuentra justificada la necesidad de dicha exigencia, justificación que por otro lado tampoco se ofrece adecuadamente en el informe evacuado por la Dirección General de Protección Ciudadana, que parece contradictorio en sus propios términos y con los de las Sentencias traídas a colación.

Efectivamente en dicho informe se afirma *"Los vuelos se realizan en unas condiciones en las que la visión directa del territorio por parte de piloto es fundamental, por lo que el conocimiento del territorio, la experiencia profesional en dicho territorio es básica"*. De esta forma se indica que los vuelos se realizan con la técnica de navegación visual basada en la observación directa de las referencias externas a la aeronave, respecto de la que el Tribunal Supremo ya ha manifestado que *"se trata de un método de navegación muy elemental cuya técnica debe reputarse conocida por todo aquel que tenga el título que le habilite para pilotar el tipo de aeronave que se utiliza en ese tipo de trabajo, sin que la exigencia impuesta por la cláusula que examinamos represente una objetiva mejora en la prestación del servicio sino más bien la atribución de una injustificada posición de ventaja de unos profesionales respecto a otros."*

Por otro lado la experiencia controvertida se exige solo al coordinador de operaciones, cuyas funciones de acuerdo con el PPT son las relaciones operativas y coordinación de los medios aéreos intervinientes en los incendios, siendo el representante operativo de la empresa ante la Administración, coordinando cuestiones técnicas internas de funcionamiento, gestión de personal, formación

adiestramiento, y otras semejantes, respecto de las que no resulta justificada la experiencia exigida.

Por otro lado el informe de la Dirección General justifica la medida en relación con las funciones de los pilotos, *“la visión directa del territorio por parte de piloto es fundamental, por lo que el conocimiento del territorio, la experiencia profesional en dicho territorio es básica”*, mientras que es al coordinador de operaciones al que se exige aquélla, lo que determina la falta de justificación adecuada y razonable de la medida.

Por todo lo anterior, este Tribunal considera que la exigencia de una experiencia mínima de 3 años en la Comunidad de Madrid establecida en el PPT para el coordinador de operaciones, es contraria al principio de libre concurrencia, ya que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2010, en el recurso de casación 3690/2007, atribuye una injustificada posición de ventaja de unos profesionales respecto a otros debiendo por tanto anularse.

3º. Titulación exigida a los operadores de grúa. El PPT exige que los operadores de grúa que desarrollen las labores propias de ese puesto en el helicóptero de rescate-coordinación sean TMA (técnico de mantenimiento de aeronaves) homologados para el tipo de helicóptero con el que se opere, con un año de experiencia en operaciones de rescate asociadas a ese helicóptero.

Considera la recurrente, citando el convenio colectivo del sector, que la realización del trabajo de operador de grúa nada tiene que ver con el mantenimiento de los aparatos, y que la labor de operador de grúa no requiere una titulación específica, sino simplemente haber recibido cursos de compañía (sic), concluyendo que ni por formación, ni por área operativa los técnicos de mantenimiento tiene que realizar funciones de operadores de grúa, aunque lo pueden hacer si reciben la formación necesaria. Es por ello que considera que el PPT de nuevo vulnera la normativa convencional aplicable.

Por su parte la Dirección General de Protección Ciudadana entiende que la exigencia de que los gruístas de las tripulaciones de los helicópteros sean TMA, es una característica adicional de competencia técnica que interesa a la Comunidad de Madrid, ya que un mismo trabajador con la titulación y capacitación adecuada puede realizar ambas funciones, *"Nos parece importante que quien participa en operaciones crítica con elementos adicionales a la configuración de fábrica del helicóptero como la grúa de rescate, conozca en profundidad la parte mecánica del elemento con el que se opera además de las otras funciones también críticas en las que colabora con el piloto, como despegues, y tomas en zonas a veces muy complicadas y por lo tanto de gran riesgo"*.

Este Tribunal considera que no se produce vulneración alguna de la normativa convencional aplicable por exigir a los gruístas una titulación superior a la requerida en convenio colectivo, como aduce la recurrente, sino que se exige que entre la tripulación del helicóptero exista un técnico de mantenimiento que a su vez desempeñará las labores de operador de grúa, con la correspondiente formación, lo que de nuevo encuentra justificación en la especialidad y peligrosidad de las labores a efectuar en relación con el objeto del contrato, sin que se aprecie que ello pueda ser restrictivo de la libre competencia.

4º. Especificaciones técnicas de los helicópteros relativas al número de palas del rotor de los mismos. El PPT exige para los helicópteros del lote 3 que el rotor principal esté formado por cuatro palas.

Aduce la recurrente que dicha especificación es contraria a la libre concurrencia, ya que se establece sin justificación alguna y sin que el número de palas que tenga el rotor principal tenga fundamento alguno en relación con la seguridad y la calidad y prestaciones de la aeronave, respondiendo tan solo a la predeterminación del modelo de aparato a contratar, dejando fuera de la licitación a aparatos con 2, 3, 5, 6, 7 y 8 palas. Asimismo aporta los apuntes oficiales de la

asignatura “Astronáutica y aeronaves diversas” (ISBN 978-84—693-7437-5) de la Escuela Superior de Ingenieros del área aeroespacial de la Universidad de Sevilla del que por su interés podemos extraer la siguiente afirmación: *“La selección del número de palas se basa más en criterios estructurales y dinámicos que aerodinámicos. Helicópteros ligeros suelen presentar dos palas, helicópteros pesados suelen tener 4, 5, 6 palas”*:

El órgano de contratación no alega nada al respecto.

Como más arriba hemos indicado el artículo 117.2 del TRLCSP establece con carácter de principio general que *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.”*

Considera este Tribunal que no se ha justificado en el expediente administrativo, ni con posterioridad en el seno del presente recurso especial la exigencia de un número concreto de palas en el rotor de los helicópteros del lote 3, en función de las exigencias de la labor a desempeñar en el mismo, ni se ha definido el diseño del helicóptero en este punto por referencia a unas exigencias de rendimiento o de seguridad, que permitieran que los aparatos que las cumplieran tuvieran 4, menos o más palas en rotor pudieran ser objeto de la oferta.

Por lo tanto se aprecia que dicha especificación es contraria al principio de libre concurrencia y por tanto debe ser anulada.

5. Exigencia al adjudicatario de entrega de certificado de operador aéreo. En el punto 16 del PPT se señala que se deberá entregar al inicio de la ejecución del contrato al director de los trabajos, entre otra documentación *“Autorizaciones exigidas por la Dirección General de Aviación Civil para el desarrollo de la operación (Certificado de operador aéreo (...))”*.

Aduce la recurrente que dicho certificado solo es exigible para los vuelos de carácter comercial y tiene por objeto acreditar que la compañía aérea posee la capacidad técnica y la organización necesarias para realizar tal actividad con garantías de seguridad, de manera que no puede exigirse para el resto de actividades como las de salvamento y extinción de incendios, que deberán aportar una Autorización de Trabajos Aéreos, citando para ello abundante normativa.

Por su parte la Dirección General de Seguridad Ciudadana, sin negar que dicho certificado se refiere a vuelos comerciales, señala que se ha venido solicitando este requisito sin que hasta la fecha se hayan puesto objeciones, habiéndose mantenido porque junto con las operaciones de salvamento y extinción de incendios, en la práctica se realizan operaciones de transporte de personas y material, - tal y como se comprueba en la definición del objeto del contrato comprendida en el apartado f de art. 1 del PPT-, añadiendo que previamente a la elaboración de los pliegos se tenía constancia de que un número muy significativo de compañías cuentan con este certificado aunque se dediquen a operaciones distintas del transporte comercial, y que este requisito lo pueden cumplir todas las empresas.

Por otro lado debe señalarse que en el punto 6 del anexo I del PCAP, se exige para acreditar la habilitación empresarial o profesional para la realización del contrato, el Certificado de Explotación de Compañía Aérea de acuerdo con el Reglamento de la CEE 2407/92 y Autorizaciones expedidas por la Dirección General de Aviación Civil para realizar las actividades objeto del contrato, sin especificar los concretos documentos a que se refiere, indicando que deberá incluirse en el sobre de documentación administrativa.

El artículo 3 del Real Decreto 279/2007, de 23 de febrero, por el que se determinan los requisitos exigibles para la realización de las operaciones de transporte aéreo comercial por helicópteros civiles, establece que *“La operación de helicópteros civiles a que se refiere el artículo 1, requiere para su realización que el*

operador esté en posesión de un certificado de operador aéreo en vigor y otorgado de conformidad con los requisitos que se establecen en este real decreto”. El indicado artículo primero del Real Decreto al establecer su ámbito de aplicación se refiere a helicópteros civiles con fines de transporte aéreo comercial por cualquier operador aéreo que tenga su sede social en España, excluyendo expresamente los helicópteros, destinados al servicio de búsqueda y salvamento (SAR), así como los vuelos a que se refieren los apartados (2) y (3) de la regla JAR-OPS 3.001 del anexo. (“La Parte 3 del JAR-OPS establece los requisitos aplicables a la operación de cualquier helicóptero civil destinado al transporte aéreo comercial por cualquier operador cuya sede central esté ubicada en algún Estado miembro de las JAA. El JAR-OPS Parte 3 no es aplicable a:

(1) Helicópteros que realizan servicios militares, aduaneros, policiales y SAR.

(2) Vuelos de lanzamiento de paracaidistas y de lucha contra incendios, así como los vuelos de posicionamiento y de retorno en los que las únicas personas transportadas sean aquéllas que normalmente se llevarían para un vuelo de lanzamiento de paracaidistas o de lucha contra incendios.

(3) Vuelos que se realicen inmediatamente antes, durante o inmediatamente después de una actividad de trabajo aéreo, siempre y cuando dichos vuelos estén relacionados con dicha actividad de trabajo aéreo y en los que, a excepción de los miembros de la tripulación, no se transporten más de seis personas indispensables para llevar a cabo dicha actividad”)

Resulta claro a la vista de la normativa anterior, que los vuelos SAR así como los de lucha contra incendios, incluyendo el transporte de la tripulación y el personal preciso para los mismos, no exigen Certificado de Operador Aéreo, por lo que no puede solicitarse una vez adjudicado el contrato la tenencia del indicado certificado, sin perjuicio de la presentación del título que permita la realización de las operaciones de vuelo SAR y de extinción de incendios.

Ahora bien, cabe plantearse ante la diferente regulación de la documentación a presentar, contenida en el apartado 6 del anexo I del PCAP y el punto 16 del PPT,

que la enumeración de documentos contenida en este último, no es obligatoria, sino que en relación con el PCAP solo se refiere a aquellas autorizaciones que en función del tipo de operación a realizar, como objeto del contrato, expida la Dirección General de Aviación Civil. De tal forma que el punto 16 del PPT no sería contrario a derecho de ser interpretado en el sentido antes indicado, de manera que solo se pueden exigir aquellos documentos que procedan en relación con las operaciones a realizar, que por otra parte son los mismos que sin especificar se hayan presentado en el sobre nº 1.

No obstante lo anterior, y dado que el PPT debe modificarse en los aspectos indicados en los anteriores apartados, se recomienda suprimir del punto 16 del PPT toda referencia al Certificado de operador aéreo, considerando en su caso especificar que la documentación que debe entregar el adjudicatario es aquella que no se incluyó en el sobre 1.

Sexto.- En este fundamento de derecho se examinarán las objeciones que se realizan al PCAP.

Considera la recurrente que la remisión normativa que realiza el PCAP al pliego de cláusulas administrativas generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, aprobado por la Orden de 8 de marzo de 1972, no es ajustada a derecho, debiendo haberse efectuado la remisión al 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, lo que llevaría consigo la anulación del régimen de penalidades, al ser las contenidas en la primera norma indicada “increíblemente superiores”(sic) a las contenidas en el RD 1525/2010.

Por su parte en el informe del órgano de contratación se afirma que el indicado RD 1525/2010, no es de aplicación a las Comunidades Autónomas, sino solo a la Administración General del Estado y sus Organismos Autónomos, de

acuerdo con su primer apartado, añadiendo que independientemente de ello la Administración ha tenido en consideración todos los preceptos del RD 1525/2010.

Lo cierto es que, tal y como se indica en el informe del órgano de contratación el RD 1525/2010, el ámbito subjetivo de aplicación del mismo está constituido por el Estado y sus Organismos Autónomos, siendo destacable lo señalado en su exposición de motivos *“En la elaboración de este pliego se ha tenido en cuenta la doctrina del Consejo de Estado, que en diversos dictámenes ha considerado que los pliegos de cláusulas administrativas generales no deben incluir entre sus cláusulas normas de carácter legal o reglamentario que sean de derecho necesario, ya que sus cláusulas pueden quedar sin efecto por prescripciones contrarias del pliego de cláusulas administrativas particulares, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa”*. (Vid. Dictamen de 14 de julio de 1970 (núm. 36.921), de 5 de noviembre de 1981 (núm. 43.755) o de 14 de octubre de 2010 (núm. 1907))

A pesar del carácter cuasinormativo de los pliegos no pueden acogerse las pretensiones de la recurrente relativas a la jerarquía normativa y a la derogación normativa por este Real Decreto respecto de la Orden del año 1972 invocada en los pliegos recurridos, que se encuentra vigente, ya que no se trata de un problema de vigencia normativa, sino de aplicabilidad de uno u otro pliego.

El pliego de cláusulas generales para la contratación de estudios y servicios técnicos, tiene también como ámbito de aplicación subjetiva *“Los contratos de estudios y servicios técnicos, competencia del Ministerio de Obras Públicas”*(art 1), de manera que no existiendo comunidades autónomas en el año 1972, es lógico que no se defina su ámbito subjetivo de aplicación por referencia al Estado, pero qué duda cabe que no se trata de un pliego cuya vocación sea su aplicación en el ámbito de la contratación autonómica, al tener las Comunidades Autónomas competencias para aprobar sus propios pliegos de cláusulas administrativas generales de contratación. Por lo tanto podemos entender que ambos pliegos generales tienen por destinatarios al Estado y sus organismos autónomos, por lo que en ambos casos

debe operar la misma exigencia de aplicación subjetiva.

Ahora bien, dado que la Comunidad de Madrid carece de un pliego general relativo a la materia objeto del contrato, como le permitiría el art. 114.3 del TRLCSP, nada impide que en virtud del principio de autonomía de la voluntad que se expresa en los pliegos contractuales, se remita para la interpretación e integración de un pliego particular a un pliego general estatal, sin que ello signifique que sea de aplicación directa. En todo caso sin ser contraria a derecho la aplicación del pliego aprobado por la Orden de 1972, se considera más adecuada por su identidad material la aplicación del Pliego General para la contratación de medios aéreos para la lucha contra los incendios forestales.

Por otro lado, en cuanto a la incidencia que la aplicación de uno u otro pliego general tenga sobre el régimen de penalidades, el pliego aprobado por el Real Decreto 1525/2010, contiene un régimen de penalidades por demora en su cláusula 9.3. El pliego aprobado por la Orden de 1972, contiene el régimen de penalidades en su Cláusula 31, graduándolas con carácter general, en atención al presupuesto total o parcial del servicio, según que el plazo incumplido sea el total o uno parcial del mismo, en la siguiente cuantía diaria:

- Contratos de plazo igual o inferior a seis meses, en el 5 por 1.000.
- Contratos de plazo igual o inferior a doce meses, pero superior a seis, en el 3 por 1.000.
- Contratos de plazo superior a doce meses, en el 1,5 por 1.000.

Sin embargo en el régimen de penalidades recogido en el punto 14 del PPT por remisión de la cláusula 15 del PCAP no se recogen estas mismas penalidades, sino otras en función del número de días de inoperatividad de los helicópteros, entre otras cuestiones, de manera que ni se aplican las del RD 1525/2010, ni las de la Orden de 1972,-referidas a la demora por servicios-. Sin embargo no se aprecia oposición entre las penalidades previstas en el Pliego General de 1972, y las

establecidas para este contrato, en tanto en cuanto estas últimas se establecen en función del concepto operatividad de los helicópteros, mientras que aquéllas se refieren al concepto de demora del servicio.

Así que dado que, como decimos, tales pliegos generales no resultan de aplicación directa a la contratación autonómica, y que el pliego aplicado por voluntad del órgano de contratación contempla un supuesto distinto sobre el que operan las penalidades a imponer en su caso, este Tribunal considera que dentro del respeto a la ley y en el ámbito de la discrecionalidad que al órgano de contratación le es dada para la elaboración de sus pliegos con carácter general, no se advierte ilegalidad en el régimen de penalidades establecidas en el Pliego impugnado, para el caso de inoperatividad de las aeronaves.

Cuestión aparte es la del aducido carácter abusivo de la penalidad establecida en el PPT para el caso de sustitución de las tripulaciones (8 o 12 días).

A este respecto la legislación en materia de contratación pública, permite que en los pliegos se establezcan penalidades, para los casos de incumplimiento o de cumplimiento defectuoso de la prestación, que afecten a características de la misma, o para el supuesto de incumplimiento de los compromisos o las condiciones especiales de ejecución de los contratos, estableciendo el artículo 212 que las mismas deberán ser proporcionales a la gravedad del incumplimiento y su cuantía no podrá ser superior al 10 por 100 del presupuesto del contrato. A este respecto debe recordarse que las penalidades o cláusulas penales, tal y como entre otras se establece en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo, 2005 RJ 2005\6368, *“Son estipulaciones de carácter accesorio, debidamente plasmadas en el contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal de que se trate por lo que, en aras a la garantía del contrato, conducen a que el contratista, o deudor de la prestación que se trata de garantizar, venga obligado no solo al pago de una determinada cantidad de dinero calculada en razón a la modulación del grado de inobservancia sino incluso a la extinción contractual si la modalidad de*

incumplimiento alcanza mayor intensidad.”

Por otro lado tal y como se ha indicado más arriba las exigencias relativas al personal, se consideran en los pliegos como una concreción de las condiciones de solvencia, mediante la adscripción al contrato de medios personales prevista en el artículo 64 del TRLCSP y respecto de la que su apartado 2 establece que *“Los órganos de contratación podrán exigir a los candidatos o licitadores, haciéndolo constar en los pliegos, que además de acreditar su solvencia o, en su caso, clasificación, se comprometan a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para ello. Estos compromisos se integrarán en el contrato, pudiendo los pliegos o el documento contractual, atribuirles el carácter de obligaciones esenciales a los efectos previstos en el artículo 223, g), o establecer penalidades, conforme a lo señalado en el artículo 212.1, para el caso de que se incumplan por el adjudicatario”.*

En este caso los pliegos obligan al contratista a adscribir una serie de medios personales al contrato, en concreto una tripulación con los requisitos específicos establecidos en los pliegos en cuanto a titulación, experiencia, horas de vuelo, etc., de manera que en el caso de sustitución de tripulación sin incidencia en el desempeño de las operaciones del contrato, y siempre que los miembros sustituidos reúnan las condiciones exigidas en los pliegos no puede hablarse de incumplimiento de la obligación de adscripción de medios, ya que los pliegos no exigen que las tripulaciones permanezcan inalteradas durante la ejecución del contrato. Por ello, en tanto en cuanto la mera sustitución de tripulaciones no puede ser considerada como incumplimiento del contrato, no puede ser establecida en los pliegos una penalidad referente a la misma.

Cabe sin embargo interpretar la voluntad del órgano de contratación a la vista de la penalidad controvertida; entendiéndose que lo que se quiere es evitar que con el cambio de tripulación se “burlen” los requisitos mínimos que como especificaciones técnicas se exigen en el PPT respecto de sus miembros, a la vista de que el

apartado 11 del PPT regula el régimen de sustituciones,-luego lo permite-, de manera que solo cabría aplicar las indicadas penalidades en el caso de que la sustitución del personal no se verificara respetando los requisitos mínimos exigidos en el PPT, tal y como permite el artículo 64.2 del TRLCPS.

No obstante lo anterior, y dado que el PPT debe modificarse en los aspectos indicados en los anteriores apartados, de nuevo este Tribunal recomienda al órgano de contratación la corrección del pliego, especificando que las penalidades por sustitución de la tripulación se aplicarán solo en el caso de que la tripulación sustituta no cumpla los requisitos exigidos en el PPT.

En cuanto a la concreta cuantía de las penalidades, dado que ni el Pliego General aprobado por Orden de 8 de marzo de 1972, ni el aprobado por Real Decreto 1525/2010, contemplan penalidades por el mismo concepto, es claro que las penalidades controvertidas no se oponen a aquellas.

En su virtud, previa deliberación, en sesión celebrada en la fecha del encabezamiento, por mayoría, y al amparo de lo establecido en el artículo 41. 2 del TRLCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar el recurso, interpuesto por Don D.C.A., en nombre y representación de la Asociación Española de Compañías Aéreas (AECA), contra los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas, correspondientes al expediente de contratación C117/001-12 (03-EG-00420.2/2012), "Prestación de servicios de helicópteros necesarios para la coordinación de siniestros, protección civil, búsqueda y rescate y prevención y extinción de incendios

en la Comunidad de Madrid (tres lotes)", por lo que se refiere a la improcedencia de la exigencia de presentación, una vez adjudicado el contrato, del Certificado de Operador Aéreo, debiendo exigirse el que sea procedente en su lugar, y a la exigencia relativa al número de palas de rotor del helicóptero descrito para el lote 3, y la exigencia de experiencia de tres años en la Comunidad de Madrid para los coordinadores de operaciones, procediendo en consecuencia su anulación y la apertura de un nuevo plazo de presentación de ofertas.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.