

CONTRATO DE SUMINISTRO

8/09 SUMINISTRO DE UN HELICÓPTERO

Contratación por procedimiento negociado del suministro de un helicóptero. Límites legales y jurisprudenciales a la utilización de este procedimiento ¹.

Ha tenido entrada en esta Abogacía del Estado su petición de informe sobre la posibilidad de contratar, por el procedimiento negociado, el suministro de un helicóptero del modelo AS 365 N3.

El análisis de la cuestión planteada exige considerar los siguientes

ANTECEDENTES

I. Con fecha 16 de diciembre de 2004, se firmó el contrato de suministro de dos helicópteros de ese modelo, con Eurocopter España, S.A., empresa adjudicataria del concurso celebrado al efecto. En la misma fecha, el Sr. Subsecretario de Agricultura, Pesca y Alimentación acordó declarar la uniformidad de este modelo de helicóptero. Previamente, con fecha 18 de octubre de 2004, la Directora General de Patrimonio había informado favorablemente la petición de declaración de uniformidad.

II. En noviembre de 2006, como consecuencia de la declaración de uniformidad, se adjudicó a la citada empresa el suministro de dos helicópteros más, de acuerdo con lo establecido en el artículo 182 g) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP).

III. La disposición final 4ª.Tres de la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, modifica el artículo 182 g) del TRLCAP.

IV. El 30 de abril de 2008 entra en vigor la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP).

Examinada la documentación adjunta a la petición de informe, y de acuerdo con la normativa aplicable, se realizan las siguientes

¹ Dictamen elaborado por doña María Dolores Ocaña Madrid, Abogado del Estado-Adjunto en el Ministerio de Medio Ambiente, y Medio Rural y Marino, 2 de febrero de 2009.

I. La redacción originaria del artículo 182 g) del TRLCAP establecía la siguiente causa de aplicación del procedimiento negociado sin publicidad en el contrato de suministro:

«Los que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la Administración, siempre que la adopción del tipo de que se trate se haya efectuado, previa e independientemente, en virtud de concurso, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.

En este supuesto se tendrá en cuenta para la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social y demás Entidades Públicas estatales que la uniformidad a que el mismo se refiere, habrá de ser declarada por la Dirección General del Patrimonio del Estado, excepto cuando se trate de bienes de utilización específica por los servicios de un determinado Departamento ministerial, en cuyo caso corresponderá efectuarlo al mismo, previo informe de la indicada Dirección General.»

Cumplidos los requisitos exigidos por este precepto, en noviembre de 2006 se adjudicó por procedimiento negociado a Eurocopter el suministro de dos nuevos helicópteros del modelo al que se refería la declaración de uniformidad.

II. Con fecha 13 de enero de 2005, se dicta sentencia por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Segunda) en el recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión contra el Reino de España.

En dicha sentencia se declara el incumplimiento del Reino de España de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/96/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro.

En el citado recurso la Comisión alegó que el procedimiento contemplado en el artículo 182, letra g) del TRLCAP hace caso omiso de lo dispuesto en el artículo 6, apartados 2 y 3 de la Directiva 93/96, que enumera los supuestos de aplicación del procedimiento negociado. El supuesto de bienes de necesaria uniformidad no está contemplado en la citada directiva.

El Gobierno español sostuvo que las licitaciones para determinar el tipo de bienes uniformes se asemejan a los contratos marco, lo que supone su conformidad con las directivas sobre contratación pública.

Después de recordar la definición de los acuerdos marco, la Comisión alegó que éstos no estaban comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/96.

El Tribunal estimó el recurso de la Comisión. Se transcriben a continuación los argumentos referidos a la adjudicación de suministro de bienes uniformes (apartados 56 a 60):

«Por lo que respecta a la adjudicación de contratos de suministro de bienes uniformes, a la que se refiere el artículo 182, letra g), del Texto Refundido, sólo cabe recurrir al procedimiento negociado en los supuestos enumerados taxativamente en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/96. Por otra parte, el apartado 4 de este artículo indica que «en todos los demás supuestos, los poderes adjudicadores adjudicarán sus contratos de suministro por el procedimiento abierto o por el procedimiento restringido.»

Pues bien, la disposición controvertida, introducida por el legislador español, no responde al caso que figura en el artículo 6, apartado 2, ni a uno de los seis supuestos enumerado en el apartado 3 del mismo artículo, en los que está expresamente permitida la utilización del procedimiento negociado sin publicación previa de anuncio de licitación. Procede señalar asimismo que el concepto de «acuerdo marco» no está incluido en el ámbito de aplicación de estas excepciones.

Además, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones que admiten excepciones a las normas dirigidas a garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de suministro deben ser interpretadas estrictamente (sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España, C-71/92, Rec. p.I-5923, apartado 36). Por tanto, corresponde a los Estados miembros demostrar que su normativa incorpora de manera fiel los supuestos expresamente previstos por la Directiva. Pues bien, en el caso de autos, el Gobierno español no ha aportado tal prueba.

En consecuencia, en la medida en que permite el recurso al procedimiento negociado sin publicidad previa de los procedimientos que se refieran a bienes cuya uniformidad haya sido declarada necesaria para su utilización común por la administración, siempre que el tipo de bienes de que se trate se haya elegido previamente en virtud de concurso, la normativa controvertida constituye una adaptación incorrecta del Derecho interno al artículo 6, apartados 2 y 3, de la Directiva 93/96.»

III. La reforma que operó la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, sobre el artículo 182, letra g) pretendió una mejor adecuación del procedimiento negociado de suministro al Derecho comunitario, mediante la introducción de un límite cuantitativo, el previsto en el artículo 177.2, para poder acudir al procedimiento negociado por razones de uniformidad. Este límite es de 133.000 euros, según la Orden EHA/3875/2007, de 27 de diciembre.

De acuerdo con lo anterior, hasta el 30 de abril de 2008 (fecha de entrada en vigor de la LCSP), según la normativa española, se podía recurrir al procedimiento negociado para bienes con declaración de uniformidad, siempre que la cuantía del suministro fuera inferior a 133.000 euros.

Por esta razón, de haberse iniciado el expediente con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, no podría haberse amparado en esta causa de aplicación del procedimiento negociado, en cuanto que la cuantía del

suministro que se pretende contratar es de 9.765.696,74 euros, según la propuesta de iniciación del expediente firmada por el Subdirección General de Inspección Pesquera, con el visto bueno del Director General de Recursos Pesqueros.

El hecho de que la declaración de uniformidad, de fecha 16 de diciembre de 2004, tuviera una vigencia de 4 años no se puede considerar causa suficiente para la utilización de este procedimiento. Ello en cuanto se trata de un nuevo expediente de contratación, que se habrá de regir por la legislación vigente en el momento de su inicio. Esta legislación, hasta el 30 de abril, establecía un límite máximo que es superado con creces por el suministro que se pretende.

IV. La ya vigente LCSP no contempla como causa de aplicación del procedimiento negociado para el contrato de suministro la declaración de uniformidad. Las causas generales de aplicación de procedimiento negociado para todos los contratos se recogen en el artículo 154 y las especiales para el suministro en el artículo 157. Ninguno de los dos preceptos admite como causa habilitante de la adjudicación por procedimiento negociado la declaración previa de uniformidad. Con lo que la vigente Ley sí que se ajusta exactamente a la regulación que a este respecto establece el Derecho comunitario para el contrato de suministro.

Habiéndose de iniciar necesariamente el expediente ya en la vigencia de la nueva Ley, se incumpliría la misma si se pretendiese amparar la aplicación del procedimiento negociado en una causa no prevista por el legislador nacional. Y evidentemente el procedimiento infringiría absolutamente la normativa comunitaria según jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

V. La propuesta de resolución firmada por el Subdirector General de Inspección Pesquera, de 18 de marzo de 2008, indica que «los helicópteros adquiridos por la SGPM cuentan con unas características singulares y específicas para las misiones a realizar, lo que motivó la declaración de uniformidad. Contemplar la adquisición de nuevas máquinas de otra marca y modelo, dadas las incompatibilidades existentes entre ambas, daría lugar dificultades técnicas de uso, mantenimiento y explotación desproporcionados, ya que sería necesario contar con pilotos y mecánicos con diferente habilitación (cursos teóricos y prácticos específicos para pilotar y realizar funciones de mantenimiento a los diferentes helicópteros), disponer de unos *stocks* de repuestos individualizados para cada aeronave, dificultades técnicas a la hora de gestionar los repuestos y el mantenimiento de los equipos de aviónica y misión que montan cada modelo de helicóptero ya que procederán de diferentes proveedores, contratar la operación y mantenimiento con diferentes empresas, etc».

Añade la citada propuesta que «Esta práctica de adquirir unidades de igual marca y modelo es de uso común en todas las instituciones (Guardia Civil, Policía, Sasemar, etc.) y compañías del sector, que, a excepción de las

8/09 grandes empresas aéreas, cuyas adquisiciones están sujetas a los mercados que deben cubrir, el resto, operan aeronaves de la misma marca y modelo».

Teniendo en cuenta las razones transcritas, podría valorarse la posibilidad de adjudicación del suministro a Eurocopter, en base a lo dispuesto en el artículo 157, letra c) del LCSP, que establece lo siguiente:

«(...) Los contratos de suministro podrán adjudicarse mediante el procedimiento negociado en los siguientes supuestos: ... c) Cuando se trate de entregas complementarias efectuadas por el proveedor inicial que constituyan bien una reposición parcial de suministros o instalaciones de uso corriente, o bien una ampliación de los suministros o instalaciones existentes, si el cambio de proveedor obligase al órgano de contratación a adquirir material con características técnicas diferentes, dando lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas. La duración de tales contratos, así como la de los contratos renovables, no podrá, por regla general, ser superior a tres años.»

Como señala la Abogacía General del Estado en su dictamen Entes Públicos 67/07, de 28 de diciembre, se toma aquí en consideración un criterio de racionalidad económica, con arreglo al cual se trata de evitar que la aplicación de los principios de igualdad, publicidad y concurrencia suponga la producción de efectos prácticos desproporcionados, como son las incompatibilidades o dificultades técnicas de uso que podrían derivarse del eventual cambio de proveedor.

La dificultad que plantea este supuesto de aplicación del procedimiento negociado, radica en la indeterminación de los conceptos utilizados: «incompatibilidades y dificultades técnicas de uso y de mantenimiento desproporcionadas»: ¿Qué se debe entender por incompatibilidades? ¿Cuándo comienzan a ser desproporcionadas las dificultades técnicas de uso y de mantenimiento?

Será preciso, para que el suministro se pueda adjudicar por esta causa, que se acredite suficientemente la existencia de incompatibilidades y las dificultades de uso y de mantenimiento. Se ha de tener presente que, como recuerda la Abogacía General del Estado en el dictamen anteriormente citado, constituye una regla esencial del Derecho comunitario europeo, y también del Derecho interno español, por transposición de aquél, la de que todos los supuestos de aplicación del procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación suponen una excepción a los principios generales de transparencia, publicidad, libre concurrencia y no discriminación e igualdad de trato entre los posibles licitadores. Por ello, su interpretación debe ser restrictiva, y su ámbito de aplicación no puede extenderse sino a los casos estrictamente comprendidos en los términos literales contenidos en las normas por las que se regulan. El órgano de contratación debe justificar cumplidamente la concurrencia, en el caso concreto de que se trate, de los requisitos exigidos para que sea aplicable

el supuesto de procedimiento negociado sin publicación de un anuncio de licitación, dejando la debida constancia en el expediente de contratación.

En el caso que nos ocupa, las razones que se ofrecen en la propuesta de inicio del expediente indican la existencia de estas dificultades, pero de acuerdo con lo señalado, sería necesario que se justificara adecuadamente en qué consisten esas incompatibilidades. En cuanto a las dificultades técnicas de uso, mantenimiento y explotación, se alude a la diferente habilitación exigible para los pilotos y mecánicos: sería preciso concretar cuál es esa habilitación y acreditar indubitablemente que no es válida para los dos tipos de helicópteros. En cuanto a los repuestos y mantenimientos resultaría necesario identificar las características técnicas de cada uno que impiden que se utilicen en otros helicópteros. Y convendría cuantificar económicamente el gasto que supondría el mantenimiento de un helicóptero distinto, para poder tener una idea aproximada del ahorro que supondría la adjudicación directa en comparación (estimada) con las posibles bajas que se pudieran conseguir con un procedimiento abierto de licitación.

Esta motivación se considera necesaria por esta Abogacía, teniendo en cuenta lo anteriormente señalado sobre la necesaria interpretación restrictiva de la aplicación del procedimiento negociado.

Tal exigencia se ha vuelto a confirmar recientemente por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Se trata de la sentencia de 8 de abril de 2008, de enorme interés en cuanto que se pronuncia sobre un caso idéntico al aquí planteado. La Gran Sala del Tribunal ha declarado el incumplimiento de la República Italiana de las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/96 al haber seguido una práctica, existente desde hace mucho tiempo y que continúa en vigor, consistente en adjudicar directamente a Agusta SpA contratos para la adquisición de helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell, destinados a cubrir las necesidades de los distintos cuerpos militares y civiles, sin haber seguido ningún procedimiento de licitación y, en particular, sin haber seguido los procedimientos previstos en las citadas Directivas.

En este recurso de incumplimiento interpuesto por la Comisión contra la República Italiana, la Comisión alega que ha constatado una práctica generalizada, consistente en la adjudicación directa de contratos para la adquisición de helicópteros al objeto de cubrir las necesidades de los distintos cuerpos militares y civiles del Estado italiano. Puesto que los citados contratos cumplen las condiciones establecidas en la Directiva 93/96, la Comisión estima que debían haber sido objeto de un procedimiento abierto o de un procedimiento restringido, conforme al artículo 6 de la citada Directiva, pero no de un procedimiento negociado.

La República Italiana sostuvo que se trataba de bienes de doble uso, es decir, que pueden servir tanto para fines civiles como militares, y por lo tanto la adjudicación directa estaba amparada en el artículo 296 CE. Alegó además que, debido a la especificidad técnica de los helicópteros y el

8/09 carácter complementario de los suministros de que se trata, podía recurrir al procedimiento negociado, con arreglo al artículo 6, apartado 3, letras *c)* y *e)* de la Directiva 93/96. Pretendió también justificar la consideración de Agusta SpA como medio propio del Estado italiano. Dicho Estado subrayó, en términos generales, que su práctica no difiere de la que se sigue en la mayoría de los Estados miembros que fabrican helicópteros.

Todas las alegaciones del Estado italiano fueron rechazadas por el Tribunal de Justicia. Se transcribe a continuación la argumentación del Tribunal sobre las exigencias de homogeneidad de la flota de helicópteros (apartados 55 a 60 de la sentencia):

«Para justificar la aplicación del procedimiento negociado, la República Italiana invoca asimismo el artículo 6, apartado 3, letras *c)* y *d)* de la Directiva 93/96. Dicho Estado afirma, por una parte, que, habida cuenta de su especificidad técnica, la fabricación de los helicópteros de que se trata sólo se le podía encomendar a Agusta y, por otra parte, que era necesario garantizar la interoperabilidad de su flota de helicópteros, en particular con el fin de reducir los costes logísticos, operativos y de formación de los pilotos.

Según se desprende, en particular del duodécimo considerando de la exposición de motivos de la Directiva 93/96, el procedimiento negociado deberá considerarse excepcional y, por lo tanto, sólo deberá aplicarse en aquellos casos taxativamente enumerados. A tal fin, conviene señalar que, en el artículo 6, apartados 2 y 3, de la citada Directiva, se enumeran limitativa y expresamente las únicas excepciones en las que esté autorizada la utilización del procedimiento negociado (véase, por lo que atañe a la Directiva 77/62, la sentencia de 17 de noviembre de 1993, Comisión/España, C-71/92, Rec p. I-5923, apartado 10; en lo que se refiere a la Directiva 93/96, véanse las sentencias, antes citadas, Teckal, apartado 43, y de 13 de enero de 2005, Comisión/España, apartado 47).

Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las excepciones a las normas que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación restrictiva (véanse las sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94, Rec. P. I-1249, apartado 23; de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, C-318/94, Rec. P.I-1949, apartado 13, y de 2 de junio de 2005, Comisión/Grecia, C-394/02, Rec p-I-4713, apartado 33). Por lo tanto, los Estados miembros no pueden prever unos supuestos de utilización del procedimiento negociado no previstos en la citada Directiva, como tampoco establecer para los supuestos expresamente previstos por la Directiva nuevas condiciones que tengan por efecto hacer más cómoda la utilización del citado procedimiento (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de enero de 2005, Comisión/España, antes citada, apartado 48).

Procede recordar, además, que la carga de la prueba de que se dan efectivamente las circunstancias excepcionales que justifican tal excep-

ción incumbe a quien pretenda alegar la citada excepción (véanse las sentencias de 10 de marzo de 1987, Comisión/Italia, 199/85, Rec. P. 1039, apartado 14, y Comisión/Grecia, antes citada, apartado 33).

En el caso de autos, es necesario reconocer que la República Italiana no ha demostrado de modo suficiente en Derecho la razón por la que sólo los helicópteros fabricados por Agusta tienen las características técnicas requeridas. Además, este Estado miembro se ha limitado a señalar las ventajas de la interoperabilidad de los helicópteros utilizados por sus distintos cuerpos. Sin embargo, no ha demostrado de qué forma un cambio de proveedor le habría obligado a adquirir material fabricado según una técnica distinta que pueda provocar incompatibilidad o dificultades técnicas de utilización o mantenimiento desproporcionadas.

Habida cuenta de todo lo anterior, procede declarar que la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/96 y, con anterioridad, de la Directiva 77/62, al haber seguido una práctica, existente desde hace mucho tiempo y que continúa en vigor, consistente en adjudicar directamente a Agusta contratos para la adquisición de helicópteros de las marcas Agusta y Agusta Bell, destinados a cubrir las necesidades de distintos cuerpos militares y civiles del Estado italiano, sin haber seguido ningún procedimiento de licitación y, en particular, sin haber seguido los procedimientos previstos en las citadas Directivas.»

Resulta por lo tanto patente, la importancia que para el Tribunal de Justicia tiene la motivación de la existencia de causa legal que permita la aplicación del procedimiento negociado. Si bien se desconoce la forma en que el Estado italiano intentó acreditar las dificultades técnicas y las incompatibilidades, lo cierto es que según la jurisprudencia comunitaria, esta motivación se debe realizar de la forma más exhaustiva posible.

En virtud de las consideraciones anteriores, esta Abogacía del Estado somete a su parecer las siguientes

CONCLUSIONES

Primera. No es conforme a derecho adjudicar por procedimiento negociado el suministro de un helicóptero del modelo AS 365 N3 con fundamento en la existencia de una declaración de uniformidad de este tipo de helicópteros.

Segunda. Para adjudicar por procedimiento negociado este suministro, de acuerdo con lo establecido en el artículo 157 letra c) de la LCSP, es preciso que se justifique en la forma explicada que el cambio de proveedor daría lugar a incompatibilidades o a dificultades técnicas de uso y mantenimiento desproporcionadas.