



EB 2022/062

Resolución 114/2022, de 4 de julio de 2022, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial interpuesto por la mercantil BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES FLEET MANAGEMENT, S.A.U. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Alquiler de un helicóptero biturbina para el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 6 de abril de 2022 se ha presentado en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO) el recurso especial en materia de contratación pública por la mercantil BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES FLEET MANAGEMENT, S.A.U. (en adelante, BABCOCK) contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Alquiler de un helicóptero biturbina para el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Con fecha 7 de abril el OARC / KEAO remitió el recurso al poder adjudicador y le solicitó, además de la copia del expediente de contratación, el informe al que se refiere 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 (en adelante, LCSP). Dicha documentación se recibió el día 25 del mismo mes.





TERCERO: Solicitadas alegaciones a los interesados el 27 de abril, no se ha recibido ninguna

II.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D^a. S.E.V.R. que actúa en su nombre.

SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial

El artículo 44.1 a) de la LCSP prevé que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

TERCERO: Impugnabilidad del acto

El artículo 44.2 b) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de exclusión de las ofertas.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

De conformidad con el artículo 50.1 LCSP el recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador

En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador y, en



concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP.

SEXTO: Motivos del recurso

El recurso se basa en los argumentos que a continuación se resumen:

a) Con ocasión del trámite del artículo 150.2 de la LCSP, el órgano de contratación requirió a la recurrente para que presentase los documentos señalados en la cláusula 21 del PCAP, concretándose por primera vez qué certificados acreditaban la habilitación profesional. BABCOCK presentó toda la documentación solicitada, en concreto, los certificados de habilitación profesional que se encuentran emitidos a nombre de empresas del mismo grupo empresarial de BABCOCK. Sin embargo, la Mesa de contratación acordó la exclusión de la recurrente porque dos de los certificados (CAMO y Parte 145) no eran adecuados para la ejecución del contrato, pues no se referían específicamente al modelo de aeronave ofertada sin tener en cuenta que dichos certificados corresponden a BABCOCK ITALIA, empresa subcontratista, y se refieren concretamente a la aeronave ofertada.

b) BABCOCK presentó toda la documentación relativa a la habilitación profesional de acuerdo con lo establecido en los pliegos. Según el requerimiento efectuado por el órgano de contratación eran cinco (5) los certificados a presentar y así lo hizo la recurrente, a pesar de la vaguedad o imprecisión de los certificados a presentar, pues no se decía si debían estar emitidos a nombre de la licitadora o de la subcontratista ni si debían referirse a la aeronave ofertada. Es cierto, que los certificados a nombre de BABCOK ITALIA y que hacen referencia la aeronave ofertada, se presentaron con posterioridad a la terminación del plazo del requerimiento, dada la falta de respuesta por parte del órgano de contratación.

c) La posibilidad de acreditar la habilitación profesional para una parte del contrato mediante la empresa subcontratista es aceptada por los Tribunales



Administrativos de Recursos Contractuales, por lo que los certificados emitidos a nombre de BABCOCK ITALIA (subcontratista) que hacen referencia la aeronave ofertada debieron ser admitidos.

d) En cualquier caso, en el hipotético supuesto de que los certificados de habilitación profesional presentados en respuesta al requerimiento no se considerasen válidos o suficientes, se debió conceder un trámite de subsanación a la recurrente.

e) La actuación de la Mesa ha de considerarse como desproporcionada y conculca los principios de concurrencia e igualdad de trato, pues mientras que a la otra licitadora se le concedió un trámite de subsanación de la documentación relativa a la oferta técnica, a la recurrente no se le ha permitido dicha subsanación tras el requerimiento efectuado.

f) Finalmente, solicita la nulidad de la exclusión y como resultado se requiera al órgano de contratación para que adjudique el contrato a la recurrente o, subsidiariamente, se retrotraigan las actuaciones para otorgar el trámite de subsanación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso por las siguientes razones que a continuación se resumen:

a) La recurrente fue excluida de la licitación por no haber presentado dentro del plazo establecido en el artículo 150.2 de la LCSP la documentación acreditativa de la solvencia técnica y la capacidad requerida del helicóptero ofertado. BABCOCK con posterioridad a la finalización de dicho plazo presentó nueva documentación relativa a las habilitaciones y sus certificaciones.

b) Concretamente, los certificados "Parte 145" y "CAMO" no tienen el alcance correspondiente al helicóptero ofertado (AW169) y es en relación con el bien



ofertado respecto del que se requieren las habilitaciones y la solvencia técnica misma. Independientemente de la menor o mayor precisión en la petición de los certificados de habilitación, la recurrente como licitador experimentado en el sector debe ser conocedor de los documentos que pueden exigírsele para la acreditación de la capacidad y la habilitación en la actividad que constituye su objeto, y, además, que lo solicitado debe referirse al producto, servicio, o bien que ofrece para la ejecución del contrato, no otro distinto.

c) Respecto a la solicitud de aclaración o subsanación que alega la recurrente, debe señalarse que la documentación presentada era clara y no ofrecía dudas sobre su verdadero alcance y al no haber señalado en el DEUC la parte concreta que iba a ser subcontratada, tampoco cabía deducir que fueran incompletos o que necesitasen aclaración.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis de la pretensión del recurso debe partir del contenido de las cláusulas relevantes de los pliegos, que vinculan al poder adjudicador y a los participantes en el procedimiento de adjudicación por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PCAP

21.3.- Habilitación empresarial o profesional: La empresa deberá disponer de las habilitaciones necesarias para el ejercicio de la actividad.

Asimismo, consta en el expediente el requerimiento de la documentación acreditativa previa la adjudicación efectuado en fecha 14 de febrero de 2022 por la Mesa de contratación en lo referente a la acreditación de las habilitaciones:

4.- Habilitación empresarial o profesional: La empresa deberá presentar las habilitaciones necesarias para el ejercicio de la actividad. Bien las que deba disponer para la ejecución del contrato como aquellas en las que, en su caso, recurra a la subcontratación. Así, deberá acreditar la disposición de la aeronavegabilidad continuada (Certificado CAMO o Parte M), el Mantenimiento (Certificado Parte 145) y la formación de los pilotos (Certificado ATO). Asimismo,



y si bien el helicóptero es operado por la Ertzaintza, información sobre certificaciones AOC y COE.

En síntesis, el recurrente alega que ha acreditado satisfactoriamente los requisitos de aptitud para contratar relativos a las habilitaciones empresariales, que ha aportado documentación adicional subsanando *motu proprio* una carencia en los certificados aportados en plazo con ocasión del trámite del 150.2 de la LCSP y, en todo caso, que la Mesa de contratación debió concederle un plazo de subsanación de la documentación. A continuación, se exponen las apreciaciones de este Órgano sobre las citadas cuestiones; en primer lugar, se analizarán los motivos de exclusión de la oferta, y luego, en su caso, se determinará si se trata o no de defectos subsanables.

a) Sobre las habilitaciones empresariales o profesionales

La causa concreta de la exclusión de la oferta de la recurrente es que dos de los certificados aportados en contestación al requerimiento transcrito, concretamente, el Certificado CAMO y el Certificado Parte 145 no hacen referencia a la aeronave ofertada “AugustaWestland (AW 169)”, por lo que la mesa entendió que la recurrente no disponía de las habilitaciones necesarias para el ejercicio de la actividad que se contrata. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que BABCOCK presentó documentación adicional una vez transcurrido el plazo de los 10 días hábiles del artículo 150.2 de la LCSP, pero antes de que el poder adjudicador determinara la insuficiencia de la documentación presentada, con el fin de subsanar *motu proprio*, sin requerimiento previo, las deficiencias de acreditación que sirvieron como base para su exclusión. Consecuentemente, siendo cierto que los certificados que han servido de base para fundamentar la exclusión no se refieren al helicóptero ofertado, también lo es que (i) ni en los pliegos ni en el requerimiento de la documentación previa a la adjudicación se menciona dicha circunstancia y (ii) que la recurrente presentó posteriormente certificados que sí hacían referencia a la aeronave.



b) Sobre la posibilidad de subsanación

Una vez determinado que de la documentación aportada por el recurrente en primera instancia se deduce la carencia señalada en el apartado anterior, debe analizarse si cabe su subsanación.

b 1) Sobre la posibilidad de subsanación de la documentación señalada en el artículo 150.2 de la LCSP.

El artículo 150.2 de la LCSP establece el procedimiento para que el licitador que hubiera presentado la mejor oferta presente, a requerimiento del poder adjudicador, entre otros documentos, la documentación justificativa de la aptitud o capacidad exigida.

El precepto no menciona la posibilidad de subsanación o aclaración de la documentación aportada en cumplimiento de este concreto trámite, pero el recurrente afirma que debió concederse, alegando en su favor la doctrina de tribunales de recurso especial y órganos consultivos. A juicio de este Órgano, la falta de mención de la LCSP debe interpretarse aquí en el sentido de que, no solo cabe la citada subsanación o aclaración, sino que el poder adjudicador está obligado a concederla, y ello por las siguientes razones (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2020 del OARC / KEAO):

- 1) El apartado 3 del artículo 56 de la Directiva 2014/24/UE (en adelante, DCP), primero del epígrafe titulado “Selección de los participantes y adjudicación de los contratos” y significativamente titulado “Principios generales”, establece que “Cuando la información o documentación que deben presentar los operadores económicos sea o parezca ser incompleta o errónea, o cuando falten determinados documentos, los poderes adjudicadores podrán, salvo que se disponga de otro modo en la normativa nacional que dé cumplimiento a la presente Directiva, solicitar a los operadores económicos de que se trate que presenten, completen, aclaren o añadan la información o documentación pertinente dentro de un plazo adecuado, siempre que dichas solicitudes se hagan en plena conformidad con los



principios de igualdad de trato y transparencia.” El citado precepto comprende en su ámbito de aplicación cualquier información o documento que deban aportar los licitadores, sin distinguir si debe incluirse en la proposición a la que se refiere el artículo 139 de la LCSP, como parte de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos (artículo 140 de la LCSP), o como uno de los extremos que ha de acreditar el licitador que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP), que es el caso analizado.

- 2) Si bien el artículo 141.2 de la LCSP permite la subsanación de defectos de la documentación recogida en el artículo 140 de la LCSP (ver también el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, RGLCAP), no hay una norma que recoja expresamente el mismo trámite para los documentos del artículo 150.2 de la LCSP.
- 3) Una vez transcurrido el plazo de transposición de la DCP sin que el legislador haya incorporado expresamente al Ordenamiento nacional la posibilidad de subsanar la documentación del artículo 150.2 de la LCSP (o, en su caso, la imposibilidad de hacerlo, como faculta la propia DCP), este Órgano entiende que debe aplicarse al caso el artículo 56.3 de la DCP, dado que se trata de una norma precisa, clara e incondicionada que concede derechos a los licitadores frente a los poderes adjudicadores, y dotada por lo tanto de efecto directo, lo que obliga a las autoridades nacionales (como el poder adjudicador y el propio OARC / KEAO) a aplicarla, incluso desplazando, si fuera preciso, las normas de Derecho interno que se le opongan (ver, por ejemplo, el documento “Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación Pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público”, de 1 de marzo de 2016, elaborado por los órganos y tribunales de recursos contractuales, especialmente las páginas 7 a 11 y 37 y 38).



- 4) Por último, cabe añadir que equiparar determinadas conductas a la retirada injustificada de la oferta (como pide el artículo 150.2 de la LCSP) debe limitarse a incumplimientos totales de ciertas obligaciones o si el requerimiento no se cumple en modo alguno (ver, por ejemplo, la Resolución 150/2018 del OARC / KEAO), lo que conllevaría unos incumplimientos de gravedad suficiente para afirmar que se ha retirado la oferta y procede la incautación y ejecución de la garantía provisional.

Todo ello lleva a la conclusión de que los defectos de la documentación aportada por el adjudicatario que haya presentado la mejor oferta (artículo 150.2 de la LCSP) son, en general, susceptibles de subsanación en los términos recogidos en el artículo 56.3 de la DCP.

b 2) Sobre la posibilidad de subsanación en el caso concreto analizado

No obstante lo anterior, ello no implica que el licitador afectado (en este caso, el recurrente) tenga un derecho absoluto a exigir un trámite de subsanación para cualquier defecto, sea cual sea su naturaleza, por lo que deben analizarse las circunstancias que concurren en este concreto supuesto. A la vista de la doctrina del OARC / KEAO, elaborada a propósito de la subsanación de la documentación jurídica o de la proposición técnica o económica, se observa lo siguiente:

- 1) Por lo que se refiere a la no referencia en los certificados de habilitación a la aeronave ofertada, debe entenderse que se trata de un defecto subsanable; la aportación, tras el correspondiente requerimiento, de los certificados que sí se refieren al helicóptero concreto no supone la reelaboración de la proposición o del alcance material de los documentos inicialmente presentados, límite fundamental del trámite de subsanación (ver, por todas, la Resolución 160/2019 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 28 de febrero de 2018, asunto C-523/16, ECLI:EU:C:2018:122). Consecuentemente, es aplicable lo expresado por este Órgano en sus Resoluciones 52 y 174/2019, que



establecen que, dado que, en todo caso, los requisitos de aptitud deben cumplirse en el momento de finalización del plazo de presentación de ofertas (artículo 140.4 de la LCSP), no se infringe el principio de igualdad de trato por solicitar la subsanación de la falta de la citada declaración, la cual no supone un plazo adicional para la obtención de dichos requisitos.

- 2) No cabe aceptar la alegación del poder adjudicador de que no procedía la subsanación porque no cabe subsanar las carencias probatorias de documentos formalmente correctos; dicho de otra forma, se alega que no puede subsanarse la incompatibilidad entre el contenido de un documento y los términos exigidos en los pliegos, ya que no se trata de un defecto del documento que le impide acreditar suficientemente un requisito, sino, por el contrario, de la acreditación de que dicho requisito no se satisface (ver las Resoluciones 54 y 133/2018 del OARC / KEAO). A juicio de este Órgano, dicha circunstancia no se produce en el presente supuesto, por cuanto que no existe una incompatibilidad manifiesta entre lo aportado y lo requerido por el poder adjudicador, sobre todo teniendo en cuenta que los pliegos no hacen referencia alguna a habilitaciones concretas.
- 3) En definitiva, de la actuación de la recurrente con ocasión del trámite del artículo 150.2 de la LCSP, no cabe inferir una voluntad de retirar la oferta con el consiguiente perjuicio, tanto para la administración como para ella misma. Por el contrario, debe entenderse que, después de haberse tramitado el procedimiento de licitación y una vez escogida la oferta económicamente más ventajosa, no parece razonable rechazarla por existir algún error o imperfección en la documentación presentada, siendo, por tanto, la exclusión automática una medida desproporcionada, especialmente, cuando la decisión de dar por insuficiente la habilitación se produce con posterioridad a la entrega de documentación adicional y sin valorar esta última.



c) Conclusión

A la vista de lo anteriormente expuesto, el recurso debe ser estimado con retroacción de las actuaciones para que, a la vista de la documentación adicional ya presentada por la recurrente, la misma sea valorada con el fin de acreditar si cumple o no con las habilitaciones profesionales exigidas.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

III.- RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la mercantil BABCOCK MISSION CRITICAL SERVICES FLEET MANAGEMENT, S.A.U. contra su exclusión del procedimiento de adjudicación del contrato de “Alquiler de un helicóptero biturbina para el Departamento de Seguridad del Gobierno Vasco”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, anulando el acuerdo de exclusión y retrotrayendo el procedimiento de conformidad con lo establecido en la letra c) del Fundamento Jurídico octavo.

SEGUNDO: Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.



CUARTO: De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

QUINTO: Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2022ko uztailaren 4a

Vitoria-Gasteiz, 4 de julio de 2022