



EB 2019/187

Resolución 007/2020, de 16 de enero, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BILBAO PLAZA MARÍTIMA SHIPPING, S.L. contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de operatividad y gestión náutica de las embarcaciones propiedad de la Administración de la CAPV” promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El día 15 de noviembre de 2019, ha tenido entrada 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 interpuesto por la empresa BILBAO PLAZA MARÍTIMA SHIPPING, S.L. (en adelante, BPMS) contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de operatividad y gestión náutica de las embarcaciones propiedad de la Administración de la CAPV” promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: El día 18 de noviembre se remitió el recurso al poder adjudicador y se le solicitaron el expediente y el informe a los 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 entre los días 21 y 25 de noviembre.

TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 26 de noviembre, se han recibido, los días 2 y 3 de diciembre, las alegaciones de EKOCEAN, S.L. (en adelante, EKOCEAN).

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 46/2019, de 3 de diciembre de 2019, se acordó la suspensión cautelar del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de D. A.P.H. que actúa en su nombre.

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

Según la letra a) del artículo 44.1 de la LCSP, 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

Conforme al art. 44.2.b) de la LCSP son impugnables Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas



como consecuencia de la aplicación del artículo 149. La parte recurrente impugna la decisión por la que se acuerda su exclusión del procedimiento.

CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma

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 de la LCSP.

SEXTO: Argumentos del recurso

Los argumentos del recurso, en síntesis, son los siguientes:

- a) La justificación de la exclusión impugnada se basa en una premisa (manejo propio de la embarcación) no contemplada en los pliegos del concurso, de tal forma que se trata de una exigencia *ex post* y *ad hoc* con la finalidad de excluir a la recurrente.
- b) La recurrente entiende que los contratos aportados para justificar su solvencia acreditan suficientemente el manejo de las embarcaciones, prescripción técnica que el órgano de contratación considera no probada.
- c) El órgano de contratación se ha desviado de los criterios establecidos en los pliegos, tanto técnicos como administrativos, por cuanto que no se menciona en los mismos la especificidad de la gestión náutica, convirtiéndola *a posteriori* en la expresión “manejo de embarcaciones” y conculcándose el principio de transparencia.



d) Finalmente, solicita que se anule el acuerdo de exclusión y se retrotraigan las actuaciones para que se proceda a la adjudicación del contrato a la recurrente.

SÉPTIMO: Alegaciones de EKOCEAN

EKOCEAN efectúa las siguientes alegaciones al recurso:

a) Entre las obligaciones técnicas del adjudicatario se encuentra la aportación de tripulación a las naves, siendo un elemento esencial del servicio a contratar las actuaciones en el mar por tripulación competente.

b) El objeto social de la recurrente es completamente ajeno al objeto de contrato.

c) Los contratos aportados por BPMS con el fin de acreditar su experiencia no tienen relación alguna con la operatividad en la mar de embarcaciones. Se tratan, más bien, de contratos de servicios de ingeniería de los buques cuando se encuentran amarrados a puerto, pero no gestionan la tripulación de los mismos.

d) No existe ninguna desviación por parte del órgano de contratación de los criterios establecidos en los pliegos, pues estos son claros y manifiestos a la hora de exigir, entre otros requisitos, el manejo de la embarcación y su correcto uso en las aguas en las que tenga que operar.

e) Finalmente, solicita la desestimación del recurso.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con los argumentos que a continuación se resumen:



- a) La cláusula VII del Pliego de Prescripciones Técnicas (en adelante, PPT) se refiere expresamente a la gestión náutica y, dentro de ella, se comprende el manejo de la embarcación y su correcto uso en las aguas en las que tengan que operar... Por ello, la acreditación del cumplimiento de la solvencia técnica requerida para el presente contrato debe comprender la experiencia en el manejo de embarcaciones.
- b) El objeto del contrato consiste en la operatividad y gestión náutica de las embarcaciones propiedad de la Comunidad Autónoma del País Vasco con un código CPV 63724000-0 (servicios de navegación).
- c) La recurrente ha aportado un contrato de servicio de ingeniería naval con un CPV 713000000 (servicios diversos de ingeniería) y otro de servicio de inspección del armador en el mantenimiento programado e incidental de varios buques con un CPV 71310000 (Servicios de consultoría en ingeniería y construcción).
- d) No ha existido la conculcación del principio de concurrencia competitiva, ni del principio de igualdad de trato, ni del de transparencia en la tramitación del presente expediente de contratación.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

El análisis del recurso debe partir de las cláusulas del PCAP y PPT referentes a al objeto del contrato, de las de la solvencia técnica o profesional requerida y su forma de acreditación y de las que comprenden las prestaciones a realizar.

De este modo, los aspectos relevantes para la resolución de la presente impugnación, son los siguientes:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES:

CLÁUSULAS ESPÉCIFICAS DEL CONTRATO

1.- OBJETO DEL CONTRATO



1.1.-Definición: Servicio de operatividad y gestión náutica de las embarcaciones propiedad de la Administración de la CAPV adscritas al Servicio de Inspección Pesquera del Departamento de Desarrollo Económico e infraestructuras.

(...)

1.3.- Código CPV: 63724000-0 Servicios de navegación

21.- SOLVENCIA, CLASIFICACIÓN, HABILITACIÓN Y ADSCRIPCIÓN DE MEDIOS

(...)

• Técnica o profesional. Requisito(s):

- Relación de los principales trabajos realizados de las mismas o similares características al objeto del contrato en los últimos tres (3) años, que alcancen como mínimo una cuantía acumulada de 416.000 euros en el Lote 1, y 104.000 € en el Lote 2

PLIEGO DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS

I.-OBJETO DEL PLIEGO.

El presente pliego tiene por objeto describir las condiciones en las que se deberá desarrollar la prestación de los servicios de Operatividad y Gestión Náutica de las embarcaciones GARBI e IKUSKARI, adscritas todas ellas al Servicio de Inspección Pesquera de la Dirección de Pesca y Acuicultura del Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras del Gobierno Vasco.

El objetivo principal del contrato será la colaboración y apoyo a la gestión y realización de las campañas de Inspección pesquera, proporcionando en concreto la operativa náutica de las embarcaciones.

(...)

VII- GESTIÓN NÁUTICA.

La gestión náutica de las embarcaciones GARBI e IKUSKARI comprenderá:

- El manejo de la embarcación y su correcto uso en las aguas en las que tengan que operar, de forma segura y sin poner en peligro ni las embarcaciones ni su tripulación de acuerdo con las normas marítimas de seguridad.
- La puesta en servicio del barco así como de sus equipos y embarcaciones auxiliares.
- El transporte del personal designado por los responsables de la Dirección de Pesca y Acuicultura, principalmente inspectores de pesca.
- La localización, retirada e izado a bordo de artes y aparejos y su traslado a puerto o a la localización a determinar por la Dirección de Pesca y Acuicultura. Disponer de una tripulación cualificada y competente con la documentación actualizada mínima exigida por la legislación vigente para tripular la embarcación.

(...)



En síntesis, se debate si a la hora de acreditar la solvencia técnica requerida los contratos aportados en su día por la hoy recurrente son suficientes o no, esto es, si comprenden la prestación de unos servicios de igual o similar naturaleza que los que constituyen el objeto del contrato, entre los que se encuentra el manejo de la embarcación con su tripulación correspondiente en las aguas que tenga que operar. A continuación, se expresan las consideraciones de este Órgano sobre esta cuestión.

a) Sobre la consideración de los servicios de igual o similar naturaleza.

A falta de precisión en los presentes pliegos de lo que debemos considerar como servicio de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, no cabe, en principio, sino estar a lo que dispone el art. 90.1.a) de la LCSP en su segundo párrafo en cuanto a que: “Para determinar que un trabajo o servicio es de igual o similar naturaleza al que constituye el objeto del contrato, en defecto de previsión en el pliego, se atenderá a los tres primeros dígitos de los respectivos códigos de la CPV”. Consecuentemente, en defecto de previsión expresa del PCAP, se debe contrastar el código CPV que consta en las bases de la adjudicación impugnada (código CPV 63724000-0 Servicios de navegación) con el de los certificados de trabajos similares aportados:

A partir de esta situación fáctica, este Órgano considera lo siguiente:

- 1) El órgano de contratación ha identificado las prestaciones que son objeto del contrato (Servicio de operatividad y gestión náutica de las embarcaciones propiedad de la Administración de la CAPV adscritas al Servicio de Inspección Pesquera) con el código CPV 63724000-0 Servicios de navegación, que se considera correcto, pues las principales prestaciones a satisfacer son: (i) Aportación de tripulación; (ii) Mantenimiento técnico, tanto preventivo como predictivo; (iii) Gestión náutica; y (iv) Gestión de suministro de combustible.



- 2) Los certificados aportados por la recurrente para justificar el cumplimiento de la solvencia técnica requerida poseen los códigos del CPV siguientes: 713000000 y 71310000, ambos referidos a servicios relacionados con la ingeniería. Como puede observarse, no coinciden los tres primeros dígitos de estos servicios con los del CPV del presente contrato.

- 3) A pesar de que, en principio, esta circunstancia debiera implicar la consideración de que los trabajos certificados no son de la misma o similar naturaleza a los que deben prestarse en este contrato, este Órgano considera que, con independencia de los códigos CPV atribuidos a los certificados aportados por la recurrente, corresponde a los servicios del órgano de contratación (como así ha sucedido) valorar materialmente si los trabajos incluidos en dichos certificados en relación con los servicios prestados por BPMS encajan realmente o no en el concepto Servicios de navegación que se corresponde con el código principal.

- 4) De dicho análisis, el órgano de contratación ha concluido que, de la cláusula VII del PPT titulada GESTIÓN NAÚTICA, anteriormente parcialmente transcrita, se desprende con meridiana claridad que el manejo de la embarcación y su correcto uso en las aguas en las que tenga que operar, de forma segura y sin poner en peligro ni las embarcaciones ni su tripulación de acuerdo con las normas marítimas de seguridad, es un contenido del objeto del contrato esencial, de tal forma que, sin él, el objeto del contrato sería otro.

- 5) En este sentido, este OARC/KEAO ha comprobado que respecto de uno de los certificados aportados por la recurrente, concretamente el referido al contrato de Servicio de inspección del armador en el mantenimiento programado e incidental de los buques oceanográficos Cornide Saavedra, Ramón Margalef y Ángeles Alvariño, existe un contrato diferente para la gestión náutica de dichos buques (expediente 15A064 del Instituto Español de Oceanografía), el cual tiene como código CPV el mismo que el del presente contrato, esto es, el 63724000-0. La conclusión de la existencia de dos contratos que incluyen prestaciones diferentes es clara: los servicios



de ingeniería que se prestaban en el contrato aportado como acreditativo del cumplimiento de la solvencia técnica para el contrato objeto del presente recurso no incluían el servicio de gestión náutica, por lo que no puede ser aceptado.

- 6) Respecto a la alegación que la recurrente efectúa sobre que la tarea de supervisión y asesoramiento a la tripulación de los buques en su normal operación y mantenimiento... que se realizó en los otros dos contratos aportados acredita el efectivo manejo de las embarcaciones, este Órgano discrepa de dicho planteamiento, pues una cosa es asesorar o supervisar a tripulación ajena y, otra muy distinta, manejar la propia embarcación con la tripulación aportada por la adjudicataria y responsabilizarse directamente del pilotaje, tal y como exige el presente pliego. Es decir, tampoco en estos dos contratos se aprecia la analogía de los trabajos realizados respecto de los exigidos por los pliegos de este contrato.

- 7) En consecuencia, este OARC/KEAO considera que la actuación del órgano de contratación se ajustó plenamente a la legalidad, ya que los certificados aportados por la recurrente no acreditan que sean contratos de análoga naturaleza al que constituye el objeto del contrato, por no abarcar la totalidad de las prestaciones exigidas por los pliegos rectores del contrato.

Por todo ello, este motivo impugnatorio debe desestimarse.

b) Sobre la ambigüedad u oscuridad de los pliegos y su relación con la infracción

La recurrente achaca la conculcación del principio de transparencia, pues entiende que el requisito del manejo de las embarcaciones es extemporáneo y que si lo que el poder adjudicador pretendía era exigir a los licitadores que acreditaran experiencia en dicho manejo debería haberlo indicado en los pliegos y no lo hizo. Por su parte, el poder adjudicador niega la falta de claridad de las



cláusulas y señala que la recurrente no solicitó ninguna aclaración a las mismas durante la licitación.

b.1) Sobre el alcance del principio de transparencia

De acuerdo con la doctrina mantenida por este Órgano (ver, por ejemplo, las Resoluciones 68 y 163/2018), el principio de transparencia impone una obligación de que todas las condiciones y modalidades del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones con el fin de que, por una parte, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes, puedan comprender su alcance exacto e interpretarlas de la misma forma y, por otra parte, la entidad adjudicadora pueda comprobar efectivamente que las ofertas presentadas por los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, apartado 111, asunto C-496/99P, ECLI:EU:C:2004:236). Esta obligación de transparencia (i) recae sobre el poder adjudicador, (ii) es un instrumento para que éste asegure el respeto a los principios de igualdad de trato y de no discriminación para conseguir la apertura a la competencia y el control de la imparcialidad del procedimiento de adjudicación y (iii) garantiza una publicidad adecuada a los potenciales licitadores, que son sus beneficiarios (véase en este sentido las sentencias del TJUE de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, ECLI ECLI:EU:C:2000:669, apartados 61 y 62, y de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, ECLI: ECLI:EU:C:2005:605, apartado 49, así como la Resolución 44/2018 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no cabe trasladar a los licitadores la carga de acertar a integrar la voluntad del poder adjudicador mediante la interpretación de cláusulas oscuras o contradictorias, con la grave consecuencia de la exclusión de su proposición si, a juicio del poder adjudicador que ha incumplido su obligación de transparencia, no tienen éxito en dicha tarea. En este sentido, es oportuno recordar el principio jurídico que impide que la oscuridad de una estipulación pueda perjudicar a quien no es responsable de ella (ver, por todas,



la Resolución 120/2017 del OARC / KEAO y el artículo 1288 del Código Civil), especialmente si se tiene en cuenta que ni siquiera se trata de una cláusula insertada en un contrato bilateral ya perfeccionado, sino de las bases de un procedimiento elaboradas únicamente por el órgano de contratación y cuya finalidad es precisamente la selección de la contraparte del negocio jurídico. Consecuentemente, una vez acreditado que el poder adjudicador ha incumplido la obligación de transparencia que le atañe, no es necesario ni adecuado que este Órgano, por vía interpretativa, fije cuál es el significado que debe darse a la documentación contractual, pues tal determinación en ningún caso podría concluir en reprochar al adjudicatario impugnado su impericia en la misma tarea y mucho menos con un corolario tan drástico como la exclusión del procedimiento. Sin embargo, no es menos cierto que el esfuerzo de transparencia debe dirigirse a operadores razonablemente informados y normalmente diligentes, los cuales pueden, por ejemplo, llegar a compensar las imprecisiones de los pliegos con una lectura atenta de los mismos o mediante consultas dirigidas al poder adjudicador (ver, por todas, la Resolución 140/2017 del OARC / KEAO y la jurisprudencia europea que en ella se cita).

b. 2) Sobre la oscuridad en los pliegos del procedimiento de adjudicación

Contrastada la citada doctrina con las cláusulas a cuya oscuridad el recurrente se remite y cuya no acreditación ha sido la causa de su exclusión, este Órgano no aprecia la oscuridad o ambigüedad en los pliegos que pueda hacer pensar que el requisito del manejo de las embarcaciones sea una interpretación inesperada para un licitador diligente. La cláusula VII del PPT titulada GESTIÓN NÁUTICA señala que dicha gestión náutica comprenderá, ente otras tareas, la del manejo de la embarcación y su correcto uso en las aguas en las que tenga que operar, de forma segura y sin poner en peligro ni las embarcaciones ni su tripulación de acuerdo con las normas marítimas de seguridad. La literalidad de la cláusula VII es clara y no está contradicha por ninguna otra estipulación, siendo el licitador el único responsable de su incumplimiento a la hora de realizar su oferta y acreditar la solvencia necesaria, y sin que pueda achacar en este momento procedimental el carácter perjudicial que dicha cláusula le genera. Tampoco consta en el expediente, como señala el



poder adjudicador, ninguna solicitud de aclaración sobre el alcance de dicha estipulación, por lo que no cabe apreciar ni la más mínima conculcación del principio de transparencia.

En consecuencia, procede desestimar el presente motivo impugnatorio.

c) Conclusión:

Dada la no estimación de los motivos impugnatorios, el recurso debe desestimarse.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la empresa BILBAO PLAZA MARÍTIMA SHIPPING, S.L. contra la exclusión de su oferta del procedimiento de adjudicación del contrato de “Servicio de operatividad y gestión náutica de las embarcaciones propiedad de la Administración de la CAPV” promovido por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

TERCERO: Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso.



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

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 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2020ko urtarrilaren 16a

Vitoria-Gasteiz, 16 de enero de 2020