



EB 2020/168

Resolución 015/2021, de 27 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 KOTAZERO, S.L. contra la adjudicación del contrato “Mantenimiento preventivo y correctivo de la obra muerta y viva del balizamiento del área de ensayos de BIMEP”, tramitado por BISCAY MARINE ENERGY PLATFORM, S.A.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 23 de noviembre de 2020 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 interpuesto por la empresa KOTAZERO, S.L. contra la adjudicación del contrato “Mantenimiento preventivo y correctivo de la obra muerta y viva del balizamiento del área de ensayos de BIMEP”, tramitado por BISCAY MARINE ENERGY PLATFORM, S.A. (en adelante, “BIMEP”)

SEGUNDO: Remitido el recurso al poder adjudicador el día 24 de noviembre, se recibió, el día 26 del mismo mes, en este OARC / KEAO, una copia del expediente de contratación y 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).





TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados el día 30 de noviembre, se recibieron el 4 de diciembre las alegaciones de Commercial Diving Activities S.L. (en adelante, CDA), adjudicatario impugnado.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Legitimación y representación

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente, por ser una empresa incluida en una Unión Temporal de Empresas licitadora, así como la representación de U.Z.D. 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 c) de la LCSP señala que los acuerdos de adjudicación podrán ser objeto de recurso.

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, BIMEP tiene la condición de poder adjudicador, aunque no de Administración Pública, según el artículo 3 de la LCSP.

SEXTO: Alegaciones de la recurrente

Los argumentos que alega la recurrente son, en síntesis, los siguientes:

- a) La adjudicataria impugnada carece de la solvencia técnica y profesional exigida en los pliegos porque no ha presentado un equipo de buzos con titulación profesional de profundidad media o superior, conforme a la Orden de 14 de octubre de 1997, por la que se aprueban las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas. Se alega que CDA dispone tan solo de tres buceadores con titulación profesional de profundidad media o superior, y dicho número de buceadores no constituye un equipo de buzos, según la citada Orden.
- b) La recurrente considera que la valoración otorgada a CDA en virtud de la aplicación de los criterios sujetos a juicio de valor incurre en error patente y arbitrariedad; en particular, se alega que la metodología que propone CDA implica maniobras de buceo a 100 metros de profundidad, que no pueden realizarse con el sistema de buceo autónomo (que se deduce es el que propone dicha empresa), lo que está prohibido por el Acuerdo de la Comisión Negociadora del II Convenio Colectivo de buceo profesional y medio hiperbáricos y por el actual marco normativo de seguridad, que lo autorizan tan solo para un máximo de 50 metros; por otro lado, tampoco se dispone del personal mínimo para formar un equipo de buceo para dicho sistema.
- c) Finalmente, se solicita la nulidad del acto impugnado.



SÉPTIMO: Alegaciones de CDA

El adjudicatario impugnado se opone a la estimación del recurso con los siguientes argumentos:

a) Se alega que se han presentado una relación de trabajadores que desde los planos técnico y legal están habilitados para ejecutar los trabajos requeridos, y que todos los buceadores cumplen los requisitos solicitados en el pliego porque tienen la habilitación pedida por los pliegos, según la Orden de 14 de octubre de 1997.

b) En la oferta de CDA no se hace referencia a los métodos o técnicas de buceo que se emplearán para llevar a cabo el mantenimiento, ya que éstas variarán dependiendo de las condiciones que el trabajo en concreto exija; se alega que, ante la no obligatoriedad de incluir en la oferta las técnicas de buceo, CDA utilizará las que mejor se adapten al trabajo a realizar en cada momento, siempre dentro de la legalidad y la máxima seguridad para sus trabajadores.

OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador

Por su parte, el poder adjudicador alega lo siguiente:

a) El pliego no determina el sistema de buceo o la composición del equipo, por lo que basta con que los licitadores demuestren que disponen de un equipo de buzos de profundidad media o superior que teóricamente pueda ejecutar trabajos con cualquiera de los sistemas previstos en la Orden de 14 de octubre de 1997 (norma vigente a la fecha de convocarse la licitación, posteriormente derogada). Por otro lado, no todas las personas que integran los equipos de los distintos sistemas de buceo deben ser buceadores ni disponer del título de buceador en profundidad media o superior, y además la citada Orden no siempre determina un número mínimo de personas que deban intervenir en las



inmersiones, por lo que tampoco hay base para decir que sea insuficiente el propuesto por la adjudicataria.

b) Por lo que se refiere a la valoración de la oferta, no se aprecia error alguno y se alega que está amparada por la discrecionalidad técnica que corresponde al poder adjudicador para la evaluación de las proposiciones. El pliego no exige que los licitadores precisen o identifiquen en sus planes los sistemas de buceo que van a emplearse (aunque el recurrente deduce que se propone el de buceo autónomo). Tampoco se comparte que deba aplicarse a la valoración normativa que no estaba vigente en el momento de presentar las ofertas, como el Real Decreto 550/2020.

NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO

En síntesis, el recurso contiene dos motivos de impugnación. En primer lugar, se alega que el adjudicatario carece de la solvencia técnica exigida. Además, se denuncia la incorrecta aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. El análisis de este Órgano debe partir de los apartados relevantes de los pliegos, que rigen el procedimiento de adjudicación vinculado al órgano de contratación y a los licitadores por no haber sido impugnados en tiempo y forma:

PLIEGO DE CLÁUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y DE PRESCRIPCIONES TÉCNICAS PARTICULARES QUE RIGEN EL CONCURSO CONVOCADO POR BISCAY MARINE ENERGY PLATFORM, S.A. PARA ADJUDICAR MEDIANTE PROCEDIMIENTO ABIERTO EL CONTRATO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LA OBRA MUERTA Y VIVA DEL BALIZAMIENTO DEL ÁREA DE ENSAYOS DE BISCAY MARINE ENERGY PLATFORM – BiMEP

(...)

S. SOLVENCIA ECONÓMICA, FINANCIERA Y TÉCNICA

(...)

Habilitación empresarial o profesional: Sí. La empresa deberá acreditar que dispone de un equipo de buzos con titulación profesional de profundidad media o superior o su equivalente internacional, conforme a la Orden de 14 de octubre de 1997, y sus actualizaciones, por la que se aprueban las normas de seguridad para el ejercicio de actividades subacuáticas, dictada por



el Ministerio de Fomento. Se incluirá una relación del personal, y su titulación, a disposición de la empresa, integrados en ella o no, con quien se cuente para la ejecución del contrato en lo que respecta a los trabajos subacuáticos.

(...)

V. DOCUMENTACIÓN A PRESENTAR EN CADA SOBRE

(...)

SOBRE B - Oferta para cuya evaluación se requiere efectuar un juicio de valor: En este Sobre se deben presentar los documentos que se indican a continuación:

1. Plan de Mantenimiento: Memoria técnica que recoja los siguientes aspectos para cada una de las actuaciones preventivas programadas, así como para las maniobras de reinstalación de las boyas originales y de instalación urgente de balizamiento provisional:

- Descripción de la operativa a desarrollar.
- Condiciones de mar limitantes.
- Plazo de entrega de informes tras actuaciones.
- Plazo de presentación de propuestas para acciones correctivas.
- Plazo máximo para la ejecución de acciones correctivas desde el acopio de materiales, supeditado a las condiciones de mar limitantes.
- Propuesta de material que es aconsejable tener acopiado para la realización de acciones correctivas.

2. Medios técnicos y equipos auxiliares: Descripción de las características de la embarcación, ROV, etc.

Todo ello conforme a lo establecido en el PPTP (ANEXO I).

A la vista de lo anterior, y de la documentación que consta en el expediente, se exponen a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre la viabilidad del recurso.

- a) Sobre la falta de acreditación del requisito establecido en uno de los epígrafes de la cláusula S de la carátula del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

El recurrente alega que la adjudicataria incumple la cláusula S de la carátula del PCAP y que, por lo tanto, carece de la solvencia técnica requerida. La citada cláusula se titula “Solvencia económica, financiera y técnica” y está compuesta de varios epígrafes y el recurso se basa en el titulado “Habilitación



empresarial o profesional”. Debe recordarse que, aunque tanto la solvencia (artículos 74 y siguientes de la LCSP) como la habilitación (artículo 65.2 de la LCSP) se incluyen en el concepto más amplio de “aptitud” (artículos 65.1 de la LCSP), que comprende, en síntesis, los requisitos personales necesarios para contratar con las entidades del sector público, ambas figuras son distintas y obedecen a finalidades diferentes. En este sentido, este Órgano ha señalado que la funcionalidad de la habilitación es impedir que las entidades del sector público contraten con quienes no están legalmente autorizados a desarrollar la actividad de la que se trate, mientras que la solvencia pretende asegurar que el operador económico dispone de capacidades y medios económicos, financieros y técnicos adecuados para ejecutar el contrato con garantías suficientes de éxito (ver, por ejemplo, la Resolución 77/2018 del OARC / KEAO). Con independencia de que la redacción y la sistemática de los pliegos no sea muy precisa en este punto, este Órgano entiende que, dado que el epígrafe no se refiere a ningún requisito que permita a la empresa licitadora desempeñar legalmente la actividad contratada (licencia, autorización, etc.), sino a condiciones relativas a los recursos humanos a disposición de la ejecución del contrato (ver, por ejemplo, las letras b) y e) del artículo 90.1 de la LCSP), debe considerarse una exigencia propia de la solvencia técnica.

Llegados a este punto, se observa que el adjudicatario impugnado ha acreditado disponer, al menos, de tres personas con titulación de buceador profesional de media profundidad. A la vista de que los pliegos no mencionan un número mínimo de efectivos para el equipo de buzos, el requisito debe darse por satisfecho, sin perjuicio de que, durante la ejecución de la prestación, deban cumplirse las condiciones legales y contractuales que afecten a la actividad, así como los convenios colectivos aplicables.

b) Sobre la valoración de las ofertas



La recurrente considera arbitraria y fundada en errores la aplicación de los criterios de adjudicación sujetos a juicio de valor. Como reiteradamente ha manifestado este Órgano (ver, por todas, la Resolución 157/2020), en virtud de la discrecionalidad técnica que le ampara, el poder adjudicador goza de un cierto margen en la aplicación de los criterios de adjudicación de apreciación subjetiva, de manera que no es revisable por este Órgano todo lo referido a los juicios técnicos emitidos al respecto. En cambio, sí debe verificarse el respeto a los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración, que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho. Los citados límites impiden la fiscalización del llamado "núcleo material de la decisión" (el estricto juicio o dictamen técnico), pero no el de sus "aledaños", que comprenden, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades, como el respeto al principio de igualdad de trato y la interdicción de la arbitrariedad (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2010, recurso 950/2008, ECLI:ES:TS:2010:4043 y la Resolución 209/2019 del OARC / KEAO). Sobre el contenido mínimo que debe satisfacer la motivación de la adjudicación para cumplir las funciones que la LCSP le encomienda, como posibilitar a los interesados la interposición de un recurso debidamente fundado (artículo 151.2 de la LCSP) y facilitar a este Órgano el control del ejercicio de la discrecionalidad técnica que ampara al poder adjudicador, también se ha pronunciado el OARC / KEAO en reiteradas ocasiones (ver, por todas, su Resolución 209/2019). En síntesis, la motivación debe expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico, consignar los criterios de valoración que se utilizarán para emitir dicho juicio técnico y expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al resultado individualizado que otorga la preferencia a un licitador frente a los demás; una vez satisfechos estos requisitos, no hay obligación de que la motivación se ajuste a un esquema formal concreto.



Partiendo de esta base, que marca el alcance y los límites que el control asignado a este OARC / KEAO ha de respetar, se considera que la evaluación de los criterios sujetos a juicio de valor se ajusta a los límites que la constriñen y a lo dispuesto en los pliegos que rigen la licitación, tanto en lo que se refiere al alcance de los criterios como en cuanto a la documentación solicitada para evaluarlos; en particular, se observa lo siguiente:

- 1) El recurrente pretende sustituir el criterio técnico del poder adjudicador por el suyo propio, necesariamente parcial, no solo en lo que se refiere a los juicios y puntuaciones, sino incluso en los aspectos de la oferta seleccionados como relevantes, llegando incluso a basarse en contenidos de la oferta no especificados en ella y deducidos por el propio recurrente, como el sistema de buceo.
- 2) Como bien indica el poder adjudicador, no cabe que el recurso se funde en la comparación de la proposición con el Real Decreto 550/2020, que no estaba vigente en el momento de presentar las ofertas (sin perjuicio de que deba regir aspectos de la ejecución de la presentación); entender lo contrario sería tanto como aceptar que la aplicación de los criterios se rija por reglas distintas de las vigentes en el momento de elaborar los pliegos, lo que es contrario al principio de transparencia (ver, por todas, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18/10/2001, C-19/00, ECLI:EU:C:2001:553, apartado 43).

c) Conclusión

A la vista de los apartados a) y b) anteriores, 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 KOTAZERO, S.L. contra la adjudicación del contrato “Mantenimiento preventivo y correctivo de la obra muerta y viva del balizamiento del área de ensayos de BIMEP”, tramitado por BISCAY MARINE ENERGY PLATFORM, S.A.

SEGUNDO: Levantar la suspensión automática del procedimiento de adjudicación, de acuerdo con lo previsto en el artículo 57.3 de la LCSP.

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

CUARTO: 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2021eko urtarrilaren 27a

Vitoria-Gasteiz, 27 de enero de 2021