



EB 2024/013

Resolución 145/2024, de 26 de julio, 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 SEPROGAL SERVICIOS AEREOS, S.L. contra los pliegos del contrato de “Arrendamiento de un helicóptero para la unidad de Vigilancia y Rescate -UVR- de la Ertzaintza”, tramitado por la Administración General de la CAE (Departamento de Seguridad).

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 15 de enero de 2024 se presentó 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 SEPROGAL SERVICIOS AEREOS, S.L. (en adelante, SEPROGAL), contra los pliegos del contrato de “Arrendamiento de un helicóptero para la unidad de Vigilancia y Rescate -UVR- de la Ertzaintza”, tramitado por la Administración General de la CAE (Departamento de Seguridad).

SEGUNDO: El día 15 de enero este 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 30 de enero.



TERCERO: No constan en el expediente interesados distintos del poder adjudicador y del propio recurrente.

CUARTO: Mediante la Resolución B-BN 003/2024, de 25 de enero, el OARC / KEAO acordó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Representación y legitimación

Consta en el expediente la legitimación de SEPROGAL (sin perjuicio de lo que se señalará en la letra e) del Fundamento jurídico octavo de la presente Resolución) y la representación de F.J.M.P., que actúa en su nombre.

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

Según el artículo 44.1 a) 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

El artículo 44.2 a) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los anuncios de licitación, los pliegos y los documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación.

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 CAE tiene la condición de poder adjudicador y, en concreto, de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 LCSP.

SEXTO: Alegaciones del recurso

El recurso se basa en los siguientes motivos:

a) La licitación impugnada es imprudente y podría conducir a una doble asignación de recursos o a la insuficiencia de crédito. Se alega que, a la fecha de interposición del recurso, se encontraba pendiente de resolución un recurso especial frente a la exclusión de la recurrente de otro procedimiento de adjudicación (C03/001/2021), cuyo objeto era el arrendamiento de un helicóptero para la Unidad de Vigilancia y Rescate de la Ertzaintza (UVR); ello supondría la existencia de dos contratos adjudicados con el mismo objeto, lo que infringiría, entre otros preceptos, el artículo 28 LCSP.

b) El objeto del contrato no se ha configurado correctamente. En concreto, se alega que será el contratista el que tendrá que realizar todas las operaciones necesarias para las misiones de vigilancia y rescate y quien tendrá que poner a disposición del contrato la tripulación para pilotar el helicóptero y apoyar el rescate de personas. Este contenido es contrario a Derecho porque:

- (i) El servicio de pilotaje y apoyo al rescate no puede externalizarse si el poder adjudicador cuenta con medios propios suficientes para ello, como se deduce de las Instrucciones reguladoras de la contratación de servicios de 29/4/2014 (en adelante, “las Instrucciones reguladoras”), del Gobierno Vasco, y porque
- (ii) La contratación de personal funcional o laboral está excluida del ámbito objetivo de la LCSP.

c) El contrato está inadecuadamente calificado como contrato de servicios. El contrato incluye prestaciones propias del contrato de servicios y otras características del de suministro y según las reglas del artículo 18.1 LCSP para el contrato mixto, debe acudir al carácter de la prestación principal que, en este caso, es el arrendamiento del helicóptero, lo que lleva a la calificación de contrato de suministro.

d) El presupuesto base de licitación (PBL) es arbitrario y carece de justificación. La indefinición del periodo de duración del contrato (la cláusula específica 6.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, en adelante "PCAP", establece que el periodo de duración del contrato será hasta el 31/12/2024 y su fecha de inicio "la que se establezca en el contrato") impide conocer el periodo (en meses) que cubre el PBL. No obstante, del anuncio de la Plataforma de Contratación Pública de Euskadi (que establece una duración de 8 meses, entre el 1/4/2024 y el 31/12/2024) se deduce un PBL mensual de 77.182, 055 euros (sin IVA), mientras que para cada mensualidad del periodo prorrogado se prevé un valor de 92.433, 33 euros (sin IVA), sin que haya razón aparente para ello. Todo ello es arbitrario y perjudica a la recurrente para calcular las bajas de licitación que vayan a ofertarse.

e) La solvencia requerida en los pliegos es excesiva y en el expediente no se justifica. Concretamente, la solvencia económica supera el límite señalado en el artículo 87.1 a) LCSP y la solvencia técnica supone el triple del valor anual medio del contrato que se establece en el artículo 90.2 LCSP.

f) La exigencia de adscripción de medios al contrato se considera desproporcionada e injustificada. Los pliegos parecen confundir el requisito de adscripción de medios con el mismo objeto del contrato para confirmar, antes de la adjudicación y formalización del contrato, que éste podrá cumplirse adecuadamente. Se alega que ello es desproporcionado porque la figura de la adscripción de medios no es un medio de probar el cumplimiento de las prescripciones técnicas o acreditativo de los criterios de adjudicación. Además, la exigencia de adscripción es ilegítima por contraria al Reglamento 1178/2011, de la Comisión (ver también el Reglamento 216/2008); esta norma exige la licencia de piloto privado (PPL) solo para las operaciones no comerciales (entre las que no se incluye el objeto del contrato). Por otro lado, no hay justificación en el expediente de la exigencia de adscripción impugnada.

g) La valoración de las ofertas exclusivamente con arreglo al precio no se justifica en el expediente y vulnera las letras c) y g) del artículo 145.3 LCSP.

SEPROGAL argumenta que el órgano de contratación facilita medios personales que requieren garantías especiales muy rigurosas por parte del contratista y que las prestaciones contractuales no están perfectamente definidas, sino que permiten modificaciones. Además, la fórmula matemática seleccionada (que valora las ofertas para cada uno de los precios independientemente) podría dar lugar a que los licitadores ofertaran precios de 0 o cercanos a 0, imputando los costes de dichas prestaciones a otros precios unitarios.

h) El importe de la garantía definitiva, fijada en un 5% del PBL en la cláusula específica 8.2 del PCAP, es contrario al artículo 107.1 LCSP, que establece que dicho porcentaje debe calcularse en relación con el precio final ofertado.

i) No hay referencia en los pliegos a la normativa aplicable a las operaciones de búsqueda y rescate.

j) El apartado 3 del Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) no establece con exactitud el periodo de actividad del servicio porque el orto y el ocaso no son equivalentes a las 8 de la mañana y las 8 de la tarde de un día (el orto y el ocaso varían todos los días del año). Por lo tanto, la presencia física superaría las 12 horas establecidas en el Anexo nº1 de la Circular Operativa N 16 – B (en adelante, “Circular Operativa”).

k) El PPT (apartado 3) impide que las condiciones de descanso fijadas en el apartado 6 de la Circular Operativa para la tripulación se cumplan porque exige disponibilidad las 24 horas del día tras un periodo de actividad de 12 horas.

l) Finalmente, se solicita la declaración de disconformidad a Derecho de los pliegos y que se cancele la licitación.

SÉPTIMO: Alegaciones del poder adjudicador

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

a) El expediente de contratación impugnado es un “contrato puente” para disponer del servicio de helicóptero con su dotación, de modo provisional y transitorio, hasta que se resuelva el recurso especial interpuesto contra el expediente anterior o el Departamento pueda disponer de nuevas aeronaves para renovar su flota. No hay duplicidad en la asignación de recursos; aunque se adjudicara el contrato anterior, en él se prevé un plazo máximo de 20 meses para la entrega del vehículo y de dos meses para la formación; durante ese tiempo, la Ertzaintza necesita un helicóptero para sus funciones de vigilancia y rescate.

b) La lectura natural y razonable del PPT y de la memoria de necesidad del contrato no deja lugar a dudas sobre quién efectúa las operaciones de rescate y salvamento de personas en situación de riesgo: los agentes de la Ertzaintza que forman parte de la UVR, y no los pilotos, que se limitan a conducir el helicóptero. La necesidad de que el helicóptero disponga de tripulación de vuelo se deriva de la formación que necesitan los pilotos para obtener la habilitación para el nuevo helicóptero y de las plazas de piloto no cubiertas en la UVR. Además, se alega lo siguiente:

- Respecto a la infracción de las Instrucciones reguladoras, se resalta que el contrato no tiene por objeto necesidades habituales y permanentes, sino necesidades acuciantes, transitorias y provisionales; asimismo, se trata de una actividad de transporte, recogida en las instrucciones como auxiliar o complementaria y los pilotos no ejercen funciones de “agentes de la autoridad”.
- No se trata de cubrir puesto de trabajo reservado a funcionarios públicos.

c) Los códigos CPV asignados al contrato (“Alquiler de helicópteros con tripulación” y “Servicios de rescate aéreos”) expresan que se trata de servicios (artículo 17 LCSP), no de la adquisición de objetos. En este sentido, las actuaciones que ha de desarrollar la tripulación del helicóptero son accesorias respecto al rescate y salvamento de personas por la Ertzaintza. No cabe afirmar que la finalidad del contrato podría cumplirse igualmente prescindiendo de las prestaciones accesorias, pues se carece del número de pilotos con formación,

titulación, licencias y experiencia suficientes para manejar un helicóptero de rescate y salvamento.

d) El poder adjudicador había previsto inicialmente una duración del contrato que abarcara todo el año 2024, y solo ese ejercicio. Sin embargo, el retraso del expediente ha hecho que su Resolución de inicio se produjera el 30/11/2023 y que en el anuncio de licitación se fijara como fecha estimada de inicio del contrato el día 1/4/2024. Además, se incluyó la posibilidad de prórroga por periodos de seis meses, hasta un total de 24 meses, y el presupuesto contemplado para las prórrogas se ajusta a la duración máxima de las mismas. La recurrente distingue artificialmente entre el PBL mensual y el PBL mensual de la prórroga, obviando que el contrato es por precios unitarios y no por tanto alzado; por ello, el PBL juega únicamente como techo de gasto como presupuesto máximo limitativo, de forma que, si se agotara, el departamento “inyectaría” más crédito presupuestario para remunerar las prestaciones efectivamente realizadas.

e) La recurrente no acredita en qué aspecto concreto de la solvencia requerida resultaría perjudicada, y, además:

- Respecto a la solvencia económica, el límite general del artículo 87.1 LCSP (volumen de negocios mínimo anual que no exceda de una vez y media el valor estimado del contrato, salvo en casos justificados) se ha respetado con un mínimo redondeo al alza que no supone una limitación de la libre competencia, especialmente para las empresas del sector de actividad al que pertenece el contrato. De hecho, la recurrente se ha presentado sin problemas a la licitación anterior, cuya exigencia de solvencia económica era mayor.
- En cuanto a la solvencia técnica, se alega que la LCSP no establece ningún límite porcentual o parámetro máximo, sin perjuicio de la aplicación del principio de proporcionalidad o razonabilidad. La regla del 70 % de la anualidad media del contrato es supletoria de la falta de determinación de un umbral de solvencia en los pliegos y, además, el umbral se ha establecido de modo coherente con el de la solvencia económica, en

relación con el valor estimado. Finalmente, la recurrente no ha acreditado que el requisito le impida participar en el procedimiento de adjudicación y, de hecho, ha participado en la licitación anterior, con un umbral de solvencia técnica más exigente.

f) La exigencia de un compromiso de adscripción de medios en este contrato es especialmente pertinente, habida cuenta su complejidad técnica. Se alega que no es un contrato sujeto a clasificación, por lo que no es aplicable la prevención del artículo 76.3 LCSP, y que no hay confusión entre las prescripciones técnicas y el compromiso de adscripción. La cláusula impugnada no es restrictiva de la competencia pues establece una obligación sencilla de cumplimentación para el licitador y la acreditación de su cumplimiento efectivo solo se exige a la empresa propuesta como adjudicataria. Por otro lado, la licencia PPL no se exige en el PPT y se pide a efectos meramente informativos.

g) El poder adjudicador alega que los preceptos citados para sustentar el reproche de que se infringe el artículo 145 LCSP por establecerse el precio más bajo como único criterio de adjudicación no son aplicables al contrato impugnado:

- El apartado c) del artículo 145.4 LCSP no es pertinente porque el poder adjudicador no facilita materiales o medios auxiliares de su propiedad para que el contratista ejecute la prestación.
- El apartado d) del artículo 145.4 LCSP tampoco es aplicable porque las prestaciones contractuales están perfectamente definidas y no permiten modificaciones.

Por otro lado, en contra de lo que afirma el recurso, los precios de los distintos precios unitarios están claramente ponderados.

h) En cuanto al sistema de cálculo del importe de la garantía definitiva, se alega que el recurrente no distingue entre los contratos cuyo precio se fija por precios unitarios y los que se determinan como “tanto alzado”; para los primeros, el

artículo 107.3 LCSP establece que dicho importe se fijará atendiendo al PBL, IVA excluido.

i) El recurso apunta tres cuestiones que denotarían falta de diligencia en la configuración de los pliegos:

- Frente al reproche de la falta de mención en los pliegos a la normativa aplicable a las operaciones de búsqueda y rescate, se alega que todas las empresas interesadas en la licitación deben estar informadas del régimen jurídico aplicable a este sector de actividad.
- El tiempo ordinario del servicio está descrito con los términos habituales en el ámbito de la navegación de helicópteros de rescate (“orto y ocaso”), que todos los potenciales licitadores conocen.
- El PPT no impide el respeto de los periodos legales de descanso, que es una obligación del contratista; los pliegos solo exigen una cierta disponibilidad, y es el contratista quien debe garantizarla, aunque para ello deba contratar personal adicional para respetar los periodos de descanso.

OCTAVO: Apreciaciones del OARC / KEAO

A la vista de las alegaciones de los interesados y del contenido del expediente, se formulan a continuación las apreciaciones del OARC / KEAO sobre los motivos que sustentan la impugnación:

a) Sobre la duplicidad del objeto del contrato y la “imprudencia” del procedimiento de adjudicación

La alegación de que el contrato impugnado duplica su objeto con otro anterior y que su tramitación es imprudente debe desestimarse. Como bien explica el informe del poder adjudicador, se trata de un contrato de transición (“contrato puente”) hasta que el citado contrato anterior esté, no solo adjudicado, sino en fase de ejecución efectiva. En este sentido, debe tenerse en cuenta que el adjudicatario de dicho contrato anterior tiene un plazo máximo de veinte meses

para la entrega del vehículo y que el objeto del expediente es en ambos casos un servicio esencial que no puede dejar de prestarse. Todas estas circunstancias son puestas de manifiesto por el poder adjudicador en la cláusula “00.- ANTECEDENTES” del PPT, por lo que el recurrente debería conocer los motivos y la finalidad a la que obedece el contrato impugnado y no efectuar una alegación frívola.

b) Sobre la configuración del objeto del contrato

El recurrente alega que la configuración del contrato no es correcta porque:

- (i) el servicio de pilotaje y apoyo al rescate no puede externalizarse si el poder adjudicador cuenta con medios suficientes para prestar el servicio y porque
- (ii) la contratación de personal funcionario o laboral está excluida del ámbito objetivo de la LCSP.

Ambos motivos de recurso deben desestimarse por las siguientes razones:

- 1) El artículo 30.3 LCSP establece que la prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios; no obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá celebrar un contrato de servicios. La memoria de necesidad e idoneidad del contrato señala que “La formación que deberán recibir los pilotos para obtener las habilitaciones que requiere el nuevo helicóptero y las plazas de pilotos no cubiertas en la Unidad de Vigilancia y Rescate hacen necesario que el helicóptero que se contrate disponga de tripulación de vuelo.” Además, la “Memoria del procedimiento de adjudicación” menciona “las plazas de pilotos no cubiertas en la Unidad” y la cláusula “00.- ANTECEDENTES” del PPT explicita las razones por las que se debe acudir a un contrato con las características del impugnado. A juicio de este Órgano, estas justificaciones son suficientes para sustentar la carencia de medios propios para prestar el servicio; téngase en cuenta que, incluso aunque el

poder adjudicador pueda disponer de personal capacitado para, en general, pilotar helicópteros, la memoria alude a la formación y la habilitación concretas para el modelo que proponga el adjudicatario.

- 2) Por lo que se refiere a la supuesta infracción de las Instrucciones reguladoras, debe indicarse que este instrumento legal no es una norma jurídica, por lo que su infracción no puede, por sí sola, sustentar un reproche de invalidez de los pliegos (ver, por ejemplo, el artículo 6.2 de la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público). No obstante, este Órgano entiende que, en todo caso, el objeto del contrato tiene cabida en dichas Instrucciones. Aunque el apartado c) de la Instrucción quinta establece que no pueden ser externalizados los servicios permanentes o habituales, exceptúa de este criterio general los supuestos contemplados en la Instrucción sexta. En esta última figuran ciertos servicios auxiliares o complementarios, en particular, los servicios de transporte, lo que, en definitiva, incluye el objeto del contrato impugnado.

- 3) El reproche de que la relación de servicio de los funcionarios públicos y los contratos laborales quedan excluidos del ámbito de la LCSP debe también rechazarse. En primer lugar, es evidente que el objeto del expediente no es el nombramiento como funcionarios o la celebración de contratos laborales con el personal que el adjudicatario asigne al contrato, por lo que no hay infracción de la normativa que regula los procedimientos de selección de los empleados públicos ni del artículo 11.1 LCSP, que excluye las relaciones de empleo público del ámbito objetivo de la norma. Por otro lado, el personal a adscribir al contrato es el que realiza las labores de mantenimiento y las de pilotar la aeronave (cláusula 5 del PPT). A este respecto, la LCSP no impide la contratación de servicios cuyo objeto sea coincidente con las tareas asignadas a los empleados públicos; tan solo prohíbe la externalización de servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos (artículo 17 LCSP), y el recurso no ha acreditado que las labores a efectuar por el personal a adscribir al contrato infrinjan este límite.

c) Sobre la calificación como contrato de servicios

El recurrente alega que la calificación del contrato como de servicios es incorrecta, pues su objeto incluye también prestaciones propias del contrato de suministro (arrendamiento del helicóptero), que son las principales, lo que, aplicando las reglas del contrato mixto (artículo 18.1 LCSP) debió suponer la inserción en este último tipo contractual. Este motivo de impugnación debe desestimarse por las siguientes razones:

- 1) La calificación como contrato de servicios es correcta, pues el artículo 17 LCSP define estos contratos como "...aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro". Esta descripción es plenamente aplicable al contrato impugnado, pues del PPT se deduce que la prestación requerida es la realización de "Misiones" de vigilancia y rescate (apartado 1 del PPT).
- 2) Es cierto que el contrato contiene algunas menciones propias de un arrendamiento de bien mueble (el propio helicóptero), prestación que el artículo 16.1 LCSP encaja en el contrato de suministro. Así, el título del contrato es "Arrendamiento de un helicóptero", el apartado 1 del PPT habla de "arrendamiento con tripulación" (con referencia al término inglés "Wet lease", o ACMI) y el apartado 3 del PPT especifica que una de las prestaciones incluidas en el servicio es la puesta a disposición de un helicóptero, obligación típica del contrato de arrendamiento (ver, por ejemplo, el artículo 1554. 1º del Código Civil). Sin embargo, del conjunto de la estructura obligacional del contrato se deduce que el helicóptero no es sino el principal recurso material del que se servirá el contratista para prestar el servicio requerido. Así lo demuestra, por ejemplo, el hecho de que los pliegos no recojan ninguna obligación o derecho relativo a la posesión de la aeronave por la Administración en virtud de su condición de arrendataria, que no se prevea un acto formal de entrega de la aeronave o que el precio se pague como contraprestación a la disponibilidad del helicóptero con tripulación y a los vuelos efectivamente

realizados fijando, a tal efecto, mantenimiento a cargo del adjudicatario, tiempos de servicio, calendarios etc.

- 3) No son aplicables al caso las reglas de determinación del régimen jurídico de los contratos mixtos (artículo 18.1 LCSP). El presupuesto para la aplicación de este precepto es un contrato que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, lo que no sucede. Como ya se ha indicado en el epígrafe 2) anterior, el “arrendamiento” del helicóptero no es, en sentido estricto, una prestación propia del contrato de suministro, pues el poder adjudicador no adopta la posición jurídica propia del arrendatario o del poseedor de cosa ajena; cuestión distinta es que los pliegos recojan exhaustivamente las prescripciones que debe cumplir la aeronave por ser esenciales para la correcta ejecución del servicio. Por ello, no hay, a este efecto, una diferencia sustancial entre el contrato analizado y, por ejemplo, un contrato para el transporte discrecional de personas por una empresa con su propio autobús y conductor, inequívocamente considerado como contrato de servicios.
- 4) Por último, se observa que la impugnación se limita a criticar la calificación del contrato. Sin embargo, el recurrente no expone cuáles son los vicios de legalidad concretos de los pliegos en la preparación y adjudicación del contrato, en el procedimiento de adjudicación o en el contenido obligatorio que sean consecuencia de la calificación supuestamente errónea. Planteado el recurso en estos términos, la cuestión parece puramente formal, sin un interés sustantivo real para SEPROGAL.

d) Sobre el PBL

El recurrente alega que el PBL está calculado de manera arbitraria y perjudica su opción de proponer bajas de licitación que le supongan puntuación adicional. Sobre este motivo de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) En primer lugar, debe señalarse que los supuestos errores del PBL son irrelevantes para la aplicación de los criterios de adjudicación previstos en

los pliegos. Del modelo de oferta económica al que deben sujetarse las proposiciones (cláusula específica 24.2 y Anexo III.1 del PCAP) se deduce claramente que la oferta debe consignar los importes ofrecidos para cada uno de los tres precios que componen la remuneración del contrato (cláusula específica 5); asimismo, se señala cuál es el importe máximo admisible para cada uno de dichos precios. Consecuentemente, los licitadores pueden conocer con certeza los límites de su oferta económica.

- 2) No obstante lo anterior, la descripción del PBL es imprecisa en varios aspectos. Así, la cláusula específica 3 del PCAP no establece un plazo máximo de duración del contrato (artículo 29.4 de la LCSP), pues no cabe entenderse por tal la fijación de un término final sin certeza sobre el inicial, lo que impide conocer con seguridad a qué periodo corresponde el importe del PBL y no se explica por qué razón el PBL aumenta para los meses del periodo de prórroga cuando el componente del precio mes es una magnitud invariable. Especialmente significativo es que no se especifica qué parte del PBL se atribuye a cada uno de los tres precios. Esta omisión no es importante por lo que se refiere al precio / mes en concepto de disponibilidad del helicóptero con tripulación, que es una cantidad determinada por periodos temporales (“unidades de tiempo”, según el artículo 309.1 LCSP), constante durante toda la vida del contrato. Sin embargo, sí es una irregularidad relevante que no conste separada la cantidad estimada correspondiente a cada uno de los precios de las horas de vuelo ordinarias y extraordinarias (“precios unitarios” en el sentido del artículo 17 y la disposición adicional 33ª de la LCSP). Téngase en cuenta que el número estimado de las horas de vuelo de cada una de las dos clases previstas en los pliegos es un dato económicamente (y posiblemente, también técnicamente) importante que los licitadores deben conocer para una elaboración cabal de sus propuestas de precio. Este dato no puede deducirse del PBL y no figura en el PPT, que es donde debe establecerse (artículo 68.1 b) del Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001). Por ello, la configuración del PBL es contraria al principio de

transparencia, que exige que toda la información relevante para la confección de la oferta sea conocida por los operadores económicos para tenerla en consideración en la elaboración de sus proposiciones (ver, por ejemplo, la Resolución 138/2018 del OARC / KEAO y, en sentido análogo, la STJUE de 17 de junio de 2021, asunto C-23/20, ECLI:EU:C:2021:490).

e) Sobre los requisitos de solvencia

El recurrente impugna, por desproporcionados, los requisitos de solvencia económica y financiera y los de solvencia técnica. Considera que (i) el importe requerido para probar la solvencia económica supera el límite marcado con carácter general en el artículo 87.1 a) LCSP y en que (ii) el importe exigido para acreditar la solvencia técnica es muy superior al que establece por defecto el artículo 90.2 LCSP en el supuesto de que los pliegos no especifiquen un concreto nivel de solvencia (70% del valor medio anual del contrato). El poder adjudicador alega, entre otras cosas, que los importes objeto de recurso son inferiores a los solicitados en el procedimiento de adjudicación para la adquisición de un helicóptero, contrato antecedente del ahora analizado y al que SEPROGAL pudo presentarse, siendo su oferta admitida. A juicio de este Órgano, el argumento es relevante porque permite descartar que el motivo se sustente en el interés tangible, característico de la legitimación activa para la interposición del recurso especial, que el recurrente vería satisfecho en el caso de que prosperara la pretensión (en particular, la posibilidad de participar en una licitación que la cláusula impugnada le obstaculiza), sino que obedece a un interés en la mera legalidad, insuficiente para fundar dicha legitimación (ver, por todas, la Resolución 39/2021 del OARC / KEAO). Consecuentemente, no cabe admitir este motivo de impugnación.

f) Sobre la desproporción de la exigencia del compromiso de adscripción de medios

El recurrente afirma que el alcance del compromiso de adscripción de medios es desproporcionado porque (i) se emplea esta figura como una forma de acreditar el cumplimiento de las prescripciones técnicas del contrato, (ii) se requiere la

licencia de piloto privado (“PPL”), la cual es exigible únicamente para operaciones no comerciales, que no son el objeto del contrato y (iii) la exigencia del compromiso no se justifica en el expediente. Sobre esta causa de impugnación, se observa lo siguiente:

- 1) A juicio de este Órgano, debe aceptarse el argumento de la utilización improcedente del compromiso de adscripción de medios (artículo 76.2 LCSP). En síntesis, esta figura permite (y, en algunos casos, obliga) a los poderes adjudicadores a requerir que los licitadores, además de acreditar su solvencia o clasificación, se comprometan a adscribir o dedicar a la ejecución del contrato los medios personales o materiales suficientes para dicha ejecución; el compromiso solo se verificará en caso de ser propuesto adjudicatario en los términos establecidos en el artículo 150.2 de la LCSP. Sobre este compromiso, este Órgano ha señalado (ver su Resolución 106/2021) que se trata de un modo de acreditación de la solvencia, adicional al correspondiente certificado de clasificación o a los medios previstos en los artículos 88 y siguientes de la LCSP. Por lo tanto, no es un modo de probar el cumplimiento o establecer las prescripciones técnicas, ni tampoco se trata de documentación que deba aportarse para aplicar los criterios de adjudicación que identificarán la oferta económicamente más ventajosa (ver, por ejemplo, las Resoluciones 84 y 106/2021 del OARC / KEAO).

- 2) Según la cláusula específica 21.6 del PCAP, titulada “Adscripción obligatoria de medios”, la cumplimentación de este trámite tiene como objeto “...comprobar la adecuación al PPT de los medios materiales y personales propuestos para ejecutar el contrato”. Por su parte, el Anexo II.2 del PCAP, al que se remite la citada cláusula 21.6, recoge el modelo que deben cumplimentar los licitadores. Este modelo incluye (i) el compromiso de adscribir a la ejecución del contrato los medios que figuran en el cuadro “Compromiso de adscripción de medios” y (ii) el compromiso de aportar, en el plazo establecido en el artículo 150.2 LCSP, la documentación indicada en la cláusula específica 25.2 del PCAP para acreditar que dispone de los medios identificados en dicho cuadro. La cláusula 25.2 se remite a su vez a “...los

documentos referidos en el cuadro del Anexo II.2". El Anexo no incluye ninguna petición de documentos concretos; tan solo requiere al licitador "anotar" información relativa al helicóptero, su equipamiento y sus aspectos organizativos y a la experiencia, titulación y capacitación de los pilotos. Los datos que deben cumplimentarse (a veces en forma de preguntas que debe contestar el licitador) se encabezan como "Requisitos mínimos exigidos". Sin embargo, como ya se ha dicho, el Anexo no establece propiamente ningún requisito mínimo y se limita a solicitar información sin señalar baremos con los que contrastar su suficiencia. Es revelador que, ante el reproche de la recurrente de que la exigencia de la licencia "PPL" es inadecuada, el informe del poder adjudicador responda que no hay tal exigencia, que los pliegos no establecen este requisito, que no disponer de la licencia no implica la exclusión de la oferta y que se trata de un "mero dato informativo" cuyo conocimiento interesa al poder adjudicador, interpretación que no se deduce del contenido de los pliegos. Asimismo, el informe reconoce que "en realidad, no se exigen medios distintos y adicionales a los ya establecidos en el PPT" y que se trata de "...mencionar unos mínimos datos, pero suficientes para garantizar al Departamento de Seguridad su adecuación al PPT".

- 3) A la vista de lo expuesto en los apartados 1) y 2) anteriores, este Órgano entiende que los pliegos desvirtúan el alcance de los artículos 76.2 y 150.2 de la LCSP al utilizar el compromiso de adscripción y su justificación como un trámite de verificación del cumplimiento de las prescripciones e incluso para la obtención de datos innecesarios para dicha verificación sin que sea posible, además, distinguir cuándo la omisión de información es determinante o no de la exclusión de la oferta. Esta última circunstancia es, además, contraria al principio de transparencia, que implica que las causas de exclusión puedan deducirse claramente del contenido de los pliegos (ver, por todas, la Resolución 119/2019 del OARC / KEAO).
- g) Sobre el uso del precio único criterio de adjudicación y la fórmula de valoración empleada

SEPROGAL afirma que el uso del precio como único criterio de adjudicación es contrario a las letras c) y g) del artículo 145.3 LCSP y no está justificado en el expediente; además, la fórmula de valoración del precio, que valora separadamente cada uno de los tres precios del contrato, puede dar lugar a ofertas de precios 0 o cercanos a 0, imputando costes de cada prestación a otra distinta. Este motivo de recurso debe aceptarse parcialmente por las siguientes razones:

- 1) Debe descartarse que, como establece el artículo 145.3 c) LCSP, se dé en este caso la circunstancia de que el poder adjudicador facilite al contratista materiales o medios auxiliares cuya buena utilización exija garantías especiales por parte de este último. En este sentido, no puede entenderse que los efectivos de la Ertzaintza que realizarán las operaciones de rescate sean un “medio auxiliar” puesto a disposición del contratista porque el objeto del contrato es la puesta a disposición de un helicóptero con tripulación y el personal del poder adjudicador no coadyuva en dicho objeto. Por el contrario, es el contratista el que posibilita que el personal de la Ertzaintza cumpla las funciones que tiene asignadas. Además, el recurso tampoco cita ninguna “garantía especial” que los pliegos exijan, pues no pueden considerarse como tal los requisitos que debe satisfacer el personal adscrito al contrato, contenido propio de cualquier contrato de servicios.

- 2) El artículo 145.3 g) de la LCSP exige la aplicación de más de un criterio de adjudicación en los contratos de servicios, “salvo que las prestaciones estén perfectamente definidas técnicamente y no sea posible variar los plazos de entrega ni introducir modificaciones de ninguna clase en el contrato, siendo por consiguiente el precio el único factor determinante de la adjudicación.” La intención de la norma es que esas posibles variaciones del plazo de entrega o modificaciones en el contrato (en realidad, propuestas que mejoren, desarrollen o concreten las prescripciones técnicas) puedan proponerse por los licitadores en sus ofertas y ser adecuadamente valoradas con base en criterios de adjudicación cualitativos previamente establecidos. Consecuentemente, solo en el caso de que no quepa tal posibilidad porque las prescripciones

técnicas están tan exhaustivamente definidas que no quepa su alteración, matización o compleción para incrementar la calidad de la prestación cabrá la adjudicación con base exclusiva en el precio.

- 3) Teniendo en cuenta lo expuesto en el apartado 2) anterior, la alegación debe aceptarse. Como bien señala el recurrente, el PPT señala varios casos en los que se deja un margen al licitador para que su oferta opte por complementar o mejorar las prescripciones técnicas (ver, por ejemplo, la referencia a la grúa exterior o al sistema de flotadores en el apartado 1 del PPT). En algunos casos, el PPT contiene incluso prescripciones que deberán ser complementadas por el adjudicatario una vez formalizado el contrato, como sucede con los planes de mantenimiento y formación (ver los apartados 4.1 y 6.3 del PPT). Estos contenidos del PPT podrían dar lugar a criterios de adjudicación cualitativos, por lo que este Órgano considera que el establecimiento del precio como único criterio de adjudicación infringe lo dispuesto en el artículo 145.3 g) LCSP.

h) Sobre la garantía definitiva

SEPROGAL alega que el importe de la garantía definitiva está incorrectamente fijado porque se calcula mediante un porcentaje del PBL y no sobre el precio final, lo que perjudica a los licitadores. Esta alegación debe aceptarse. El artículo 107.3 LCSP establece que “Cuando el precio del contrato se formule en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido”. Este precepto es una excepción a la regla general del artículo 107.1 LCSP, que determina que la garantía se calcula con base en el precio final ofertado por el adjudicatario. Sin embargo, como ya se ha señalado en la letra d) del presente Fundamento jurídico, solo dos de los tres precios en los que se descompone la retribución del contratista son precios unitarios (los correspondientes a las horas de vuelo ordinarias y extraordinarias). El otro precio (disponibilidad del helicóptero con tripulación) se fija por referencia a periodos mensuales y es constante y predeterminado en su cuantía, pues no depende de necesidades concretas del poder adjudicador que pueden darse en mayor o menor medida. Esta variabilidad hace que no sea posible determinar “a priori” su

cuantía final y lo que justifica que la LCSP prevea que la garantía se establezca de acuerdo con el PBL máximo estimado para cada precio unitario y no en relación con el importe de adjudicación. Consecuentemente, la Administración debió establecer la garantía combinando ambos modos de cálculo y aplicando cada uno de ellos a las cantidades correspondientes a ambos tipos de precios. Debe señalarse que, para ello, debe establecerse primero el PBL máximo atribuido a cada precio unitario, magnitud que a su vez depende de la cantidad máxima de unidades que se estima van a solicitarse, dato que, como se ha indicado en la letra d) anterior, no consta en los pliegos.

i) Sobre la falta de referencia en los pliegos a la normativa aplicable a la prestación

La recurrente alega que los pliegos no contienen referencia alguna a la normativa sobre operaciones de búsqueda y rescate. Este motivo de impugnación debe desestimarse; dicha omisión no es un vicio de legalidad porque la legislación aplicable a la actividad contratada se impone por su propia fuerza vinculante y no es necesario que se recoja en los pliegos como obligación contractual (ver, por ejemplo, las Resoluciones 97/2015 y 112/2019 del OARC / KEAO).

j) Sobre el periodo de actividad del servicio

El recurrente afirma que el apartado 3 del PPT no define con exactitud el periodo de actividad del servicio. El citado apartado establece que “El tiempo ordinario del servicio se extiende desde las 8 de la mañana (desde el “orto”) hasta las 8 de la tarde (hasta el “ocaso”), y la imprecisión se daría porque el orto y el ocaso (la salida y la puesta del sol) son diferentes para cada día del año. Esta alegación debe desestimarse; los pliegos establecen que el periodo de servicio transcurre entre las 8 de la mañana y las 8 de la tarde y los términos “orto” y “ocaso” se citan simplemente para dar una denominación específica a ambos momentos temporales y no para definir o contradecir su delimitación claramente fijada por referencia a un horario, como se deduce del uso del paréntesis. En este sentido, estos términos no deben entenderse en su acepción astronómica precisa (salida

o puesta del sol u otro astro en el horizonte), sino en la coloquial (“mañana” y “tarde” horarias).

k) Sobre el cumplimiento de las condiciones de descanso

Según el recurrente, el apartado 3 del PPT impide que se cumpla el punto 6 de la Circular Operativa N 16 – B. Esta alegación debe desestimarse. Como bien indica el recurrente, los pliegos se limitan a recoger el periodo de disponibilidad del servicio contratado. Corresponde al contratista ejecutar la prestación pactada respetando las limitaciones legales o fijadas por convenio colectivo, para lo cual debe prever cuáles son los medios humanos necesarios para ello y organizarlos en consecuencia (ver, por ejemplo, las Resoluciones 123/2017 y 72/2018 del OARC / KEAO).

l) Conclusión

A la vista de los apartados a) a k) anteriores, deben anularse los siguientes contenidos de los pliegos:

- Cláusula específica 3 del PCAP (Presupuesto base de licitación)
- Cláusula específica 21.6 y Anexo II.2 del PCAP (adscripción obligatoria de medios).
- Cláusula específica 22 del PCAP (criterio de adjudicación)
- Cláusula específica 8.2 del PCAP (garantía definitiva)

La anulación de las citadas estipulaciones conlleva la cancelación del procedimiento de adjudicación. En especial, la anulación de un criterio de adjudicación supone en todo caso la cancelación de la licitación (ver, por todas, la Resolución 148/2021 del OARC / KEAO y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de diciembre de 2003, asunto C448/01).

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:

RESUELVE

PRIMERO: Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por SEPROGAL SERVICIOS AEREOS, S.L. contra los pliegos del contrato de “Arrendamiento de un helicóptero para la unidad de Vigilancia y Rescate -UVR- de la Ertzaintza”, tramitado por la Administración General de la CAE (Departamento de Seguridad), con el alcance y los efectos establecidos en la letra l) del Fundamento jurídico octavo de la presente Resolución.

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

TERCERO: Levantar la suspensión del procedimiento de adjudicación.

CUARTO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 LCSP, requerir al poder adjudicador para que dé cuenta a este Órgano de las medidas adoptadas para el cumplimiento de 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 10.1 k) LJ), de conformidad con el artículo 59.1 de la LCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2024ko uztailaren 26a

Vitoria-Gasteiz, 26 de julio de 2024