

Recurso 195/2016**Resolución 272/2016****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 4 de noviembre de 2016

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VIAJES BARCELÓ, S.L.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige la licitación del contrato denominado “Servicio de agencia de viajes para la Universidad de Jaén”, promovido por la citada Universidad (Expte. 2016/00000013), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 23 de julio de 2016, fue publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación, por procedimiento abierto, del contrato indicado en el encabezamiento de esta Resolución. Asimismo, el citado anuncio se publicó el 30 de julio de 2016 en el Boletín Oficial del Estado núm. 183, y el 25 de julio de 2016 en la Plataforma de Contratación del Estado.

El valor estimado del contrato asciende a 2.500.000,00 euros.



SEGUNDO. El 9 de agosto de 2016, tuvo entrada en el Registro electrónico del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad VIAJES BARCELÓ, S.L. contra el pliego de prescripciones técnicas que rige la contratación citada en el encabezamiento.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales remitió a este Tribunal el citado recurso al considerar que este Órgano es el competente para resolver. El escrito de impugnación se recibió en esta sede el 11 de agosto de 2016.

TERCERO. Mediante oficio del mismo día 11 de agosto de 2016, la Secretaría del Tribunal dio traslado del escrito de recurso a la Universidad de Jaén, solicitándole el expediente de contratación, el informe sobre el recurso, las alegaciones sobre la medida provisional de suspensión instada por la recurrente y el listado de licitadores en el procedimiento.

La petición de documentación fue reiterada el 18 de agosto de 2016 y tuvo entrada en el Registro del Tribunal el 5 de septiembre de 2016, excepto el listado de licitadores que se recibió el 3 de octubre de 2016.

CUARTO. El 5 de septiembre de 2016, este Tribunal dictó resolución acordando la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación.

QUINTO. El 3 de octubre de 2016, tras recibir el listado de licitadores en el procedimiento, la Secretaría del Tribunal les dio traslado del escrito de recurso concediéndoles un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones, habiéndolas presentado en plazo la entidad VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 41.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía y en la Orden de 14 de diciembre de 2011, de la Consejería de Hacienda y Administración Pública, por la que se acuerda el inicio del funcionamiento del citado Tribunal.

En concreto, el acto impugnado ha sido aprobado por el órgano competente de una Universidad Pública de Andalucía, derivando la competencia de este Tribunal para la resolución del recurso especial interpuesto del convenio formalizado, a tales efectos, el 26 de noviembre de 2012 entre la Consejería de Hacienda y Administración Pública de la Junta de Andalucía y la Universidad de Jaén, de conformidad con lo estipulado en el artículo 11 del citado Decreto 332/2011, de 2 de noviembre.

SEGUNDO. Con carácter previo al estudio de la cuestión de fondo, procede abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del recurso contra el pliego de prescripciones técnicas (PPT, en adelante), teniendo en cuenta que aquella, según la documentación remitida por el órgano de contratación, no ha presentado oferta en el procedimiento de adjudicación.

El artículo 42 del TRLCSP establece que *“podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.”*

Sobre la legitimación para recurrir, este Tribunal ha venido sosteniendo en sus resoluciones (94/2012, de 15 de octubre, 97/2012, de 19 de octubre, 29/2013, de



19 de marzo, 113/2014, de 8 de mayo y 398/2015 de 17 de noviembre entre otras), invocando doctrina consolidada del Tribunal Supremo en la materia, que la legitimación activa comporta que la anulación del acto impugnado produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto y presupone que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la esfera jurídica de quien alega su legitimación.

En el caso que nos ocupa, la recurrente funda su pretensión en que el pliego impugnado supone una vulneración del principio de igualdad entre licitadores y una restricción del de libre concurrencia, con ventaja competitiva para otros licitadores. Por tanto, queda suficientemente acreditada su legitimación para recurrir por mor del perjuicio alegado y que pretende evitar por medio de la interposición del recurso y del dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

Como se señala en la Resolución de este Tribunal 398/2015, de 17 de noviembre, anteriormente invocada, *“Este criterio también ha sido adoptado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por todas la Resolución 212/2013, de 5 de junio, en la que viene a señalar que en el caso de terceros no licitadores el interés propio debe ir más allá de la mera defensa de la legalidad, de modo que el recurrente ha de invocar un interés directo en la anulación de los pliegos objeto del recurso. Asimismo, como indica la citada resolución, el Tribunal Constitucional ha declarado en supuestos similares que la falta de participación en un concurso público no es motivo para denegar la legitimación del recurrente que con la impugnación pretende conseguir la anulación del pliego para poder así participar en otra licitación sometida a un nuevo pliego ajustado a Derecho”*.

Por lo anterior, este Tribunal concluye que la recurrente ostenta legitimación suficiente para la interposición del recurso.



TERCERO. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, debe analizarse la procedencia del recurso especial interpuesto.

La recurrente impugna el pliego de prescripciones técnicas que rige en un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 209.000 euros y pretende ser concertado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, resulta procedente el recurso especial conforme al precepto legal citado.

CUARTO. En cuanto al plazo de interposición del recurso, el artículo 44.2 a) del TRLCSP dispone que *“El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 151.4.*

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 158 de esta Ley.”

En el supuesto examinado, la publicidad obligatoria de la licitación quedó completada el 30 de julio de 2016, fecha en que el anuncio de licitación se publicó en el Boletín Oficial del Estado, habiéndolo sido antes en el Diario Oficial de la Unión Europea y en la Plataforma de Contratación del Estado.

Por tanto, siendo aquella fecha la que determina el inicio del cómputo del plazo para recurrir, hemos de concluir que el recurso se ha formalizado en el plazo legal expresado, y ello aun cuando se tome como fecha de interposición del mismo el 11 de agosto de 2016, que es cuando se remite a este Órgano copia del recurso desde el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, en cuyo registro electrónico se presentó el escrito de impugnación el 9 de agosto de 2016.



QUINTO. Una vez analizados los requisitos de admisión del recurso, hemos de examinar los motivos en que el mismo se sustenta.

La recurrente solicita la anulación del PPT al considerar que el subcriterio de adjudicación establecido en dicho pliego «*Número de oficinas en estaciones de tren y aeropuertos*» -dentro del criterio «*Organización y control del servicio*»- vulnera el principio de igualdad de trato entre licitadores y supone una restricción del principio de libre concurrencia, sin que el hecho de que un licitador no disponga de agencia de viaje en las estaciones de tren y aeropuertos suponga un menoscabo a la calidad en la prestación del servicio.

Al respecto, el apartado 12 del PPT describe como criterio de adjudicación no evaluable mediante fórmulas y ponderado con un máximo de 25 puntos, la «*Organización y control del servicio*». Su redacción es la siguiente:

«Organización y control del servicio hasta 25 puntos.

- *Acuerdos con proveedores: compañías aéreas, cadenas hoteleras, alquiler de coches: máximo de 5 puntos.*

- *Número de personas adscritas a la ejecución del contrato y con presencia permanente en la oficina del Campus: máximo de 5 puntos.*

- *Servicio de urgencias 24 horas, 365 días al año: máximo de 3 puntos.*

- *Informes de gestión: entrega de estadísticas, consumo por departamentos, tiempo de antelación de la compra: máximo 2 puntos.*

- *Red de oficinas nacionales: máximo 3 puntos.*

- *Red de oficinas internacionales: máximo 3 puntos.*

- *Número de oficinas en estaciones de tren y aeropuertos: máximo 4 puntos.»*



Pues bien, la recurrente centra su impugnación en este último subcriterio alegando que, en la actualidad, la actividad de agencia de viajes en los aeropuertos españoles es el resultado de una concesión administrativa otorgada por la Agencia Española de Navegación Aérea (AENA), de modo que el subcriterio de valoración relativo al número de oficinas en estaciones de tren y aeropuerto solo puede ser ofertado por alguna de las empresas que disponga de agencia minorista en los aeropuertos españoles.

En tal sentido, insiste la recurrente en que solo existen, al día de hoy, tres agencias de viajes (pertenecientes a la misma red/marca) prestando servicios en los aeropuertos españoles -Adolfo Suárez de Madrid, El Prat de Barcelona y Gran Canaria- y lo hacen en horario de atención al público restringido, que no coincide con el horario de operaciones del propio aeropuerto.

Ello, a juicio de la recurrente, no supone ningún valor añadido o beneficio concreto para el órgano de contratación, puesto que hoy en día las gestiones de viajes se realizan mayoritariamente de forma telemática. Además, el PPT exige de por sí un horario regular y continuado para la prestación del servicio que va como mínimo desde las 9,00 h hasta las 17,00 horas, así como un servicio telefónico durante las 24 horas del día en los 365 días del año, cuya misión principal será apoyar y ayudar al personal de la Universidad en caso de urgencia y fuera del horario normal de atención.

En definitiva, pues, sostiene la recurrente que el subcriterio impugnado carece de razón de ser y es absolutamente innecesario, suponiendo un agravio entre los posibles licitadores y una restricción del principio de libre concurrencia, debiendo tenerse en cuenta, además, que en este tipo de licitaciones las diferencias de puntuación entre el adjudicatario y el resto de licitadores es mínima en muchas ocasiones, por lo que los cuatro puntos con que se pondera el subcriterio son muy importantes en el resultado final de la licitación.



Por su parte, en el informe al recurso se esgrime que el subcriterio controvertido se ha establecido teniendo en cuenta su vinculación al objeto del contrato y entendiendo que puede suponer un valor añadido al servicio contratado, siendo así que la puntuación que se le otorga no es desproporcionada ni excesiva en comparación con el resto de criterios y subcriterios.

Finalmente, la empresa VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A. formula alegaciones al recurso señalando que la presencia, en lugares de tránsito de viajeros, de sucursales que puedan prestarle apoyo supone un beneficio concreto en la prestación del servicio, pues no es lo mismo solucionar un problema a distancia que acompañar personalmente al cliente.

SEXTO. Expuestas las alegaciones de las partes, procede el examen de la cuestión controvertida que se ciñe a determinar si se ajusta o no a la legalidad el subcriterio de adjudicación expuesto por el que se pondera con un máximo de cuatro puntos el número de oficinas en estaciones de tren y aeropuertos.

En realidad, la controversia se circunscribe a dirimir si es correcto valorar aquellas proposiciones que ofrezcan agencias de viajes en estaciones de tren y aeropuertos, o si tal opción, aun constituyendo una hipotética mejora en la prestación del servicio, supone un perjuicio injustificado para aquellos licitadores que no dispongan de tales oficinas. En definitiva, se trata de analizar si el discutido subcriterio restringe el principio de libre concurrencia consagrado en el artículo 1 del TRLCSP y puede resultar discriminatorio.

A tales efectos, debemos hacer alusión a la Sentencia del TJUE, de 27 de octubre de 2005 (asunto C-158/03: Comisión contra Reino de España), que, en lo que aquí interesa, establece lo siguiente: *“El artículo 49 CE (Constitución Europea) se opone a que una entidad adjudicadora incluya en el pliego de condiciones de un contrato público (...) por una parte, un requisito de admisión que obliga a la empresa licitadora a disponer, en el momento de la presentación de la oferta, de una oficina abierta al público en la capital de la provincia en la que*



debe prestarse el servicio y, por otra, unos criterios de valoración de ofertas que, a efectos de atribuir puntos adicionales, toman en consideración la existencia, en ese mismo momento, de instalaciones propias de producción, de acondicionamiento y de envasado de oxígeno situadas a menos de 1.000 km de la citada provincia o de oficinas abiertas al público en determinadas localidades de ésta (...), en la medida en que tales criterios se apliquen de manera discriminatoria, no estén justificados por razones de interés general, no sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen o vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo, extremos que corresponde verificar al órgano jurisdiccional nacional”.

Así pues, a la luz de la doctrina expuesta -que ha sido reiterada en otras sentencias del propio Tribunal europeo y en resoluciones de los distintos Tribunales administrativos de recursos contractuales, incluido el nuestro (v.g., resoluciones 115/2013 y 116/2013, de 3 de octubre, 356/2015, de 22 de octubre, 410/2015, de 2 de diciembre y 65/2016, de 1 de abril)- se colige que, en el supuesto ahora analizado, la disposición de oficinas en lugares donde va a prestarse el servicio de agencia de viajes no deja de suponer una ventaja competitiva para aquellos licitadores que, en efecto, cuenten con dichas sucursales en perjuicio de los que no las tengan, sin que, por otro lado, tal criterio de adjudicación pueda considerarse adecuado y esencial para garantizar el objetivo que persigue el contrato, puesto que el propio PPT establece prescripciones que permiten asegurar la finalidad pretendida con el citado criterio, a través del uso de los medios telemáticos y de un servicio de asistencia durante las 24 horas de todos los días del año.

En tal sentido, los apartados 4.1 y 4.4 del PPT establecen que *«4.1. Los servicios serán solicitados a la agencia de viajes por las distintas unidades administrativas de la Universidad mediante la hoja de pedido, que se remitirá principalmente mediante correo electrónico.*

4.4. La empresa contratista hará llegar los billetes, reservas u otros documentos necesarios directamente a las personas usuarias, preferentemente por medios electrónicos.» y el apartado 6.2 del mismo pliego señala que *«Además del horario*



habitual que la empresa adjudicataria disponga, también deberá prestar un servicio telefónico 365 días al año, las 24 horas al día. Su misión principal será apoyar y ayudar al personal de la Universidad en caso de urgencia y fuera del horario normal de atención. Este servicio deberá ser capaz de resolver incidencias que impliquen pago posterior de servicios, principalmente obtención de títulos de transporte y, en su caso, alojamiento.»

Es por ello que el objetivo perseguido con el subcriterio cuestionado puede satisfacerse adecuadamente a través de las propias prescripciones del PPT que acabamos de transcribir, de ahí que no resulte razonable ni necesario el establecimiento de aquel por cuanto supone una restricción al principio de libre concurrencia.

Asimismo, también se vulnera el principio de igualdad de trato sin justificación razonable, toda vez que unos pocos licitadores van a gozar de una ventaja adicional al presentar sus ofertas en perjuicio de una mayoría que no puede ofertar al criterio, sin que dicha ventaja competitiva muestre proporcionalidad alguna con la eventual mejora que supone el criterio en sí para el servicio que se pretende contratar. Asimismo, el hecho de que el criterio esté ponderado con 4 puntos no es un dato irrelevante en la adjudicación del contrato, puesto que, en muchos casos, esta se resuelve a favor de un licitador con menos diferencia de puntos respecto a la siguiente oferta clasificada.

En el mismo sentido que acabamos de exponer, la Resolución 923/2014, 12 de diciembre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, abordando un supuesto semejante al aquí enjuiciado, señala que *«(...) el hecho de contar con oficinas abiertas al público en los dos grandes aeropuertos españoles va a constituir una ventaja competitiva, y como tal una restricción a la libre concurrencia tal y como esta ha sido definida incluso legalmente, de conformidad con el artículo 18.2 a) 1º de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.*



En definitiva, tampoco a la hora de describir los distintos criterios de valoración cabe en ningún caso que de la misma puedan derivarse ventajas competitivas para alguno de los licitadores. Lo que ha de determinarse entonces es si el hecho de que sea objeto de valoración la disponibilidad de oficinas de atención al público en los aeropuertos de Madrid-Barajas y El Prat puede ser considerado discriminatorio, en el sentido de que le ofrezca una ventaja competitiva a unos licitadores frente a otros, con independencia de cuál sea el grado de esa ventaja. Se dice por el órgano de contratación que la existencia de tales oficinas no será determinante de la adjudicación, pues bien pueden el resto de licitadores ofrecer otras ventajas para la atención al cliente que puedan ser objeto de valoración. Sin embargo es indudable que quien sí cuenta con tales oficinas parte ya en una situación de ventaja frente a los demás, pues ya no tendrá que ofrecer tales ventajas, con el ahorro correspondiente (...)

Debe tenerse en cuenta que esa inicial ventaja competitiva y, por tanto, restricción a la libre competencia, se ve agravado por el hecho de que la apertura de tales oficinas en los aeropuertos ni siquiera es libre, sino que está sujeta a la previa concesión por parte de otro organismo público, en concreto AENA, por lo que la obligación de justificar la necesidad y proporcionalidad de su inclusión es todavía más exigente.

Cierto es que, como señala el órgano de contratación, se trata únicamente de una pauta para valorar uno de los criterios establecidos en el pliego, por lo que su importancia es relativa, pero precisamente eso nos lleva igualmente a considerar que no era necesaria su inclusión, pudiendo haberse optado por establecer otras pautas que de la misma manera satisfarían las necesidades de la autoridad contratante, consideraciones todas ellas que han de llevarnos a la anulación de ese inciso del PCAP y con ella la del procedimiento.>>

Con base en cuanto se ha argumentado procede estimar el recurso interpuesto y en consecuencia, anular el subcriterio de adjudicación establecido en el



apartado 12 del PPT «Número de oficinas en estaciones de tren y aeropuertos: máximo 4 puntos», y con ello la licitación promovida.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VIAJES BARCELÓ, S.L.** contra el pliego de prescripciones técnicas que rige la licitación del contrato denominado “Servicio de agencia de viajes para la Universidad de Jaén”, promovido por la citada Universidad (Expte. 2016/00000013), y en consecuencia anular el subcriterio del PPT impugnado y la licitación promovida a tales efectos.

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 47.4 del TRLCSP, el levantamiento de la medida provisional de suspensión del procedimiento de adjudicación, adoptada por este Tribunal el 5 de septiembre de 2016.

TERCERO. Notificar la presente resolución a los interesados en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra K) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

