

Recurso 363/2014**Resolución 211/2015****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS
CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA**

Sevilla, 2 de junio de 2015

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A.**, contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de agencia de viajes para la Agencia Andaluza del Conocimiento” (EXPTE. 2/2014), promovido por la citada Agencia dependiente de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente:

RESOLUCIÓN**ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. El 28 de noviembre de 2014 se publicó el anuncio de licitación del contrato referido en el encabezamiento de esta Resolución en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía nº 233 y en el perfil de contratante de la Plataforma de Contratación de la Junta de Andalucía.

El valor estimado del contrato asciende a 300.000 euros, y entre las empresas que han presentado oferta se encuentra la recurrente.

SEGUNDO. El 12 de diciembre de 2014, se presentó en el Registro auxiliar de



este Tribunal recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A.** contra los pliegos que rigen la licitación del contrato citado en el encabezamiento.

TERCERO. Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, el 15 de diciembre de 2014 se solicitó al órgano de contratación la remisión del expediente de contratación completo, junto con el correspondiente informe y el listado de los licitadores con los datos precisos a efectos de notificaciones. Dicha documentación tuvo entrada en el Registro auxiliar de este Tribunal el 16 de diciembre de 2014.

CUARTO . El 9 de enero de 2015, mediante oficio de la Secretaría del Tribunal, se dio un plazo de cinco días para formular alegaciones a los licitadores en el procedimiento. Ninguno de los licitadores ha presentado alegaciones en el plazo concedido.

QUINTO. En la tramitación del presente recurso se han cumplido todos los plazos legales salvo el plazo para resolver previsto en el artículo 47.1 del TRLCSP, dada la acumulación de asuntos existente en este Tribunal.

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 el 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.



SEGUNDO. Procede determinar a continuación si el recurso ha sido interpuesto contra alguno de los actos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP, resultan susceptibles de recurso en esta vía.

En efecto, el contrato en cuestión es un contrato de servicios incluido en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP que pretende concertar un poder adjudicador, cuyo valor estimado asciende a 300.000 euros y en el que son objeto de impugnación los pliegos que rigen la licitación. Por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 40.1.b) y 2.a) del TRLCSP, el recurso procedente es el recurso especial en materia de contratación, siendo competente para su resolución este Tribunal.

TERCERO. Debe examinarse ahora si el recurso se ha interpuesto dentro del plazo legal. 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.”

El legislador español, dentro de las posibilidades que ofrece la directiva de recursos, opta por computar el plazo para la impugnación de los pliegos -quince días hábiles- a partir del día siguiente a aquél en que hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del TRLCSP, precepto que va referido a la puesta a disposición de los pliegos a los licitadores cuando los mismos no se han facilitado por medios electrónicos, informáticos o telemáticos.



Ahora bien, en el supuesto aquí analizado, los pliegos de la licitación sí han sido puestos a disposición de los licitadores por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, a través de su publicación en el perfil de contratante. Asimismo, el anuncio de licitación publicado en el BOJA nº 233 de 28 de noviembre de 2014, se remite al perfil para la obtención de los pliegos.

Es de ver, pues, que con las publicaciones antes mencionadas se han completado, en el supuesto examinado, la publicidad obligatoria prevista en el artículo 191 del TRLCSP para la convocatoria de licitaciones de contratos de servicios no sujetos a regulación armonizada para los poderes adjudicadores que no tengan el carácter de administraciones públicas, y además el contenido de los pliegos impugnados se ha puesto a disposición de los licitadores en el perfil de contratante.

En tales casos, el cómputo del plazo de quince días hábiles para interponer el recurso se iniciará a partir del día siguiente a aquél en que se ha completado la publicidad de la convocatoria.

Este criterio ha sido refrendado por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en lo relativo al plazo para interponer recurso contra los pliegos cuando en el anuncio del Boletín Oficial del Estado figura el lugar en el que se pueden recoger, habiendo declarado en su sentencia de 30 de octubre de 2013 que *“...la sociedad puso el Pliego a disposición de los licitadores desde el día de publicación de los anuncios, publicándose los primeros el 2 de noviembre de 2010 (Plataforma de Contratación del Estado y Página web) fecha en la que se remitió el anuncio al DOUE y BOE para su publicación, publicándose dicho anuncio en el DOUE el día 3 de noviembre de 2010 y en el BOE el 5 de noviembre de 2010. A partir de esa fecha dicho pliego pudo recogerse en las oficinas según se hace constar en los anuncios. Por tanto, aun tomando en consideración la última de las fechas anteriormente indicadas, el recurso interpuesto por CEOE-CEPYME GUADALAJARA fue extemporáneo...”*



Asimismo, el criterio ha sido acogido por este Tribunal en recientes resoluciones, como la 196/2014, de 15 de octubre y la 2/2015, de 9 de enero, entre otras.

Pues bien, en el caso examinado, el anuncio de la licitación se publicó el 28 de noviembre de 2014 tanto en el BOJA como en el perfil de contratante. Por tanto, es ésta la fecha que debe considerarse como “dies a quo” en el cómputo del plazo. Así pues, dicho plazo finalizó el 18 de diciembre de 2014, por lo que el recurso presentado el 12 de diciembre de 2014 se ha presentado dentro del plazo legal establecido.

CUARTO. Ostenta legitimación el recurrente para la interposición del recurso dada su condición de licitador en el procedimiento de adjudicación, de acuerdo con el artículo 42 del TRLCSP.

Al respecto, este Tribunal comparte el criterio mantenido por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 134/2013, de 5 de abril, donde manifiesta que es legítimo que el recurrente participe en la licitación después de impugnar los pliegos, cosa distinta a presentar oferta y posteriormente impugnar el pliego, lo que hubiera supuesto una actuación contraria a sus propios actos.

Asimismo, en dicha Resolución, invocando otras anteriores del propio Tribunal, se señala que cualquier persona interesada en una licitación debe poder participar en ella aún cuando el contenido de las cláusulas y prescripciones de los pliegos que la rigen le planteen dudas desde el punto de vista legal. De admitir otra cosa estaríamos limitando de forma efectiva el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución o, en el caso contrario, el derecho a participar en las licitaciones que se convoquen de todos aquéllos que reúnan los requisitos de aptitud previstos en la Ley.

En el caso que nos ocupa, el recurrente presentó ante este Tribunal recurso especial contra los pliegos el 12 de diciembre de 2014, y con esa misma fecha presentó su oferta, por lo que al no haber recurrido los pliegos con posterioridad a



la presentación de su oferta, procede reconocer legitimación al recurrente para la interposición del recurso contra los pliegos rectores de la licitación.

QUINTO. Procede a continuación exponer las alegaciones de las partes en el recurso.

El recurrente argumenta en su escrito de recurso que la información contenida en el pliego en cuanto al presupuesto del contrato se refiere únicamente al volumen global y no detalla el desglose de consumos en cada producto. El recurrente considera este dato *indispensable para la elaboración de la oferta económica, teniendo en cuenta que los márgenes de la agencia de viajes son distintos en cada producto y el “mix” de los mismos es necesario para elaborar un estudio económico razonado, base para la presentación de una oferta acorde a las necesidades del cliente y la determinación de la viabilidad económica de la propuesta con rigor*”.

El recurrente indica también que solicitó estos datos al órgano de contratación antes de la finalización del plazo de presentación de ofertas, pero éste le contestó que no disponía de dicha información.

Ante esta falta de información, el recurrente considera inviable la presentación de una oferta económica objetiva por no disponer de los datos específicos para la elaboración de la misma; asimismo considera que esta falta de datos puede restringir la libre competencia, teniendo en cuenta que el proveedor actual del servicio de agencia de viajes dispone de ellos y está por tanto en superioridad de condiciones.

Por su parte del órgano de contratación argumenta a su favor que *“dadas las especiales condiciones de complejidad y variabilidad de los servicios a contratar para este expediente en concreto, se hace imposible manejar datos fiables con los que se puede definir el coste del objeto del contrato con precisión. De tal forma, que aún teniendo los datos en cuestión pedidos por Viajes el Corte Inglés,*



tampoco servirían como referente para elaborar una oferta o estudio de mercado que les pudiera dar una certeza cercana o absoluta de lo que podría ser el coste del servicio, dado que todo lo anterior, siempre iría en función de cómo y dónde fuese la ejecución de las competencias de esta Agencia, así como de los desplazamientos que las mismas requiriesen, lo cual hace prácticamente imposible de prever a medio/largo plazo cuántos y a dónde serán los desplazamientos requeridos para el ejercicio de las funciones que le son propias a este organismo.”

En cuanto a la posible restricción de la competencia, indica el órgano de contratación que no entiende que se pueda dar dicha restricción, puesto que *el proveedor actual del servicio podría encontrarse con el mismo problema que los demás licitadores, es decir, no sería capaz de definir el coste del servicio de forma fiable ni aún teniendo datos de años anteriores, por ser el objeto de dicho expediente una incertidumbre real y variable en sí misma, dado que siempre irá en función de la ejecución diaria de las competencias de esta Agencia.”*

SEXTO. Vistos los argumentos de las partes, pasamos a analizar el fondo del asunto.

En primer lugar hemos de aclarar que nos encontramos ante un contrato de servicios cuyo precio indica el PCAP que se ha formulado en en base a los distintos componentes de la prestación. Acorde con dicha indicación, el modelo de oferta económica contenido en el Anexo V-B del PCAP contiene un cuadro en el que el licitador debe indicar el importe ofertado por cada uno de los siguientes conceptos:

- emisión de billete aéreo nacional
- emisión de billete aéreo zona Europa
- emisión de billete aéreo Zona transcontinental
- emisión de billete ferrocarril



Asimismo debe indicar el tanto por ciento de descuento ofertado sobre los servicios de alojamiento y alquiler de vehículos, y el tanto por ciento de descuento ofertado sobre el volumen anual de facturación para:

- consumos hasta 50.000.-€
- consumos hasta 75.000.-€
- consumos hasta 100.000.-€

En concordancia con todo lo anterior, los criterios de adjudicación ponderables de forma automática se refieren a cada uno de los puntos expresados en la oferta económica con el siguiente literal:

Cargos de emisión de billetes: De 0 a 27 puntos.

Emisión billete aéreo nacional: De 0 a 3 puntos.

Emisión de billete en zona Transcontinental: de 0 a 9 puntos.

Emisión de billetes de ferrocarril: de 0 a 6 puntos.

Fórmula: Puntuación del Licitador = ponderación del subcriterio x (precio de la oferta más alta para este subcriterio-precio ofertado por el licitador) / (Precio de la oferta más alta para este subcriterio-precio de la oferta más baja para este subcriterio).

Descuentos sobre precios de alojamiento: De 0 a 8 puntos.

Fórmula: $8 \times \text{porcentaje ofertado} / \text{porcentaje ofertado más elevado}$

Descuentos sobre el servicio de alquiler de vehículos: De 0 a 7 puntos.

Fórmula: $7 \times \text{porcentaje ofertado} / \text{porcentaje ofertado más elevado}$.

Descuento sobre el volumen anual de facturación: de 0 a 13 puntos.

Consumo hasta 50.000 €: de 0 a 2 puntos.

Consumo hasta 75.000 €: de 0 a 5 puntos



Consumo superior a 100.000 €: de 0 a 6 puntos

Fórmula: $n \times \text{porcentaje ofertado} / \text{porcentaje ofertado más elevado}$;

(n) = ponderación criterio.

No obstante, encontramos que el presupuesto de licitación se establece en 200.000.-€, y el valor estimado en 300.000.-€ al tener en cuenta una posible prórroga, pero en ningún apartado del PCAP ni del PPT se desglosa o indica el presupuesto máximo de licitación referente a cada uno de los precios unitarios por los que los licitadores deben ofertar, ni el número de unidades estimadas de referencia para el plazo de ejecución del contrato.

El precio de los contratos se encuentra regulado en el artículo 87 del TRLCSP. En dicho artículo se establece:

1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.

2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato. En todo caso se indicará, como partida independiente, el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido que deba soportar la Administración.

(...)



En primer lugar, hemos de poner de manifiesto que el órgano de contratación no ha establecido el presupuesto del contrato de modo acorde con el sistema de determinación del precio por el que ha optado, puesto que exigiendo una oferta económica formulada por precios unitarios, no ha establecido el presupuesto máximo para cada uno de ellos. Podemos por tanto afirmar que nos encontramos ante una licitación sin presupuesto de licitación determinado, si tenemos en cuenta que el valor total de 200.000 euros establecido como presupuesto de licitación, en el caso de los contratos por precios unitarios no actúa como límite a los precios que pueden ofertar los licitadores, sino como límite máximo del compromiso económico que la Administración contratante podrá adquirir con el adjudicatario para la prestación de que se trate, cuantía que llegará a ejecutarse por completo o no según el número de servicios que la Administración reclame en el periodo de vigencia del contrato.

Como afirma el Tribunal Supremo respecto de este tipo de contratos en Sentencia de 22 de junio de 2005, *“No cabe confundir el precio total del contrato que sirvió para la adjudicación de éste con los precios ciertos que se conforman a partir de los precios unitarios y descompuestos de las modalidades del servicio a prestar.”*

Nos encontramos por tanto ante la indeterminación de un elemento esencial de los pliegos, como es el presupuesto de licitación, lo cual sumado a la ausencia de previsión alguna sobre el número de unidades de cada uno de los servicios contratados, como alega el recurrente, deja la definición del objeto del contrato en la indeterminación. Los licitadores conocen el tipo de servicios que requiere la Administración, y que para los próximos dos años dispone de 200.000 euros para atender los gastos que dichos servicios le generen, pero no se dispone de información alguna sobre la estimación del número de cada uno de ellos ni del precio máximo sobre el que formular su oferta.

Como alega el recurrente, esta información resulta indispensable para poder formular una oferta económica objetiva y acorde con las necesidades de la Administración, pero es que además es también necesaria para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 del TRLCSP que indica que *los entes, organismos*



y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

Asimismo, se incumple con el artículo 68 del RGLCAP referente al contenido del pliego de prescripciones técnicas particulares, que indica que éste contendrá, al menos, los siguientes extremos:

(...)

b) Precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar.

Debemos, en consecuencia, dar la razón al recurrente en su primer alegato, puesto que al no contar ni con el presupuesto máximo de cada unidad de prestación, ni tener una estimación del número de unidades de cada una de ellas, las condiciones en que deberá prestar el servicio quedan tan abiertas e indeterminadas, que no es posible formular adecuadamente una oferta económica.

Asimismo debemos de dar la razón al recurrente cuando afirma que esta situación es restrictiva de la libre competencia y que sitúa al proveedor actual en superioridad de condiciones, pues ciertamente, éste dispone de los datos sobre el número de unidades que hasta ahora han venido constituyendo la prestación de este servicio, que si bien, como indica el órgano de contratación, son cifras susceptibles de importantes variaciones durante el periodo de ejecución del contrato, constituyen sin duda un referente para formular la oferta.

Recordemos que el artículo 1 del TRLCSP indica que *es objetivo de dicha norma garantizar que la contratación del sector público se ajuste a los principios de*



libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Por su parte el artículo 139 TRLCSP añade que *los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia.*

De este modo, aún cuando se aceptaran las afirmaciones del órgano de contratación cuando alega que no dispone de datos fiables con los que definir el coste del objeto del contrato con precisión, y que aún teniendo tales datos tampoco servirían como referente, pues estos no proporcionarían una certeza cercana o absoluta de lo que podría ser el coste del servicio, y que aunque el proveedor actual disponga de las cifras de años anteriores, éste sería incapaz de definir el coste del servicio de forma fiable, el órgano de contratación debería haber establecido en los pliegos una previsión del número de unidades para cada servicio teniendo en cuenta los datos de años anteriores. De este modo todos los licitadores hubieran contado con los mismos referentes a la hora de realizar su oferta, cumpliendo así con los principios de transparencia e igualdad de trato que establece la Ley.

De acuerdo con lo hasta aquí expuesto, podemos concluir, en primer lugar, que los pliegos adolecen de falta de la información necesaria para poder presentar una oferta formulada en términos de precios unitarios al no haber establecido los presupuestos máximos de cada componente de la prestación ni una previsión del número de unidades y, en segundo lugar, que se han vulnerado los principios de trato igualitario, transparente y no discriminatorio a los licitadores, ya que el actual adjudicatario dispone de información referente a los datos sobre el número



de servicios prestados en los últimos años, información de la que carecen el resto de licitadores.

Por todo lo expuesto, procede la estimación de las alegaciones del recurrente.

Por último, este Tribunal aprecia asimismo que la fijación de la garantía definitiva contenida en el Anexo I del PCAP, se ha establecido en el 5% del importe de adjudicación. A tal efecto hemos de recordar al órgano de contratación que el artículo 95.3 del TRLCSP indica que *cuando la cuantía del contrato se determine en función de precios unitarios, el importe de aquélla se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación*, por lo que sería recomendable la corrección del pliego en tal sentido aunque dicha cláusula no ha sido impugnada.

Por 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 EL CORTE INGLÉS, S.A.**, contra los pliegos que rigen la licitación del contrato denominado “Servicio de agencia de viajes para la Agencia Andaluza del Conocimiento” (EXPTE. 2/2014), promovido por la citada Agencia dependiente de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, debiendo retrotraerse las actuaciones al momento previo a la elaboración del PCAP, a fin de que en el nuevo pliego que se apruebe se tenga en cuenta lo expuesto en el fundamento de derecho sexto de esta resolución, debiendo convocarse una nueva licitación.

SEGUNDO. Notificar la presente resolución a todos los interesados en el procedimiento.



Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma sólo 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.

