



Recurso nº 124/2015

Resolución nº 244/2015

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 13 de marzo de 2015.

VISTO el recurso presentado por D. J.L.V.S., en representación de VIAJES EL CORTE INGLES, S.A. contra el Acuerdo de adjudicación en el contrato de agencia de viajes de la Administración General del Estado, Expediente 11/14, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 1 de octubre de 2014 la Directora General de Racionalización y Centralización de la Contratación adoptó acuerdo de inicio del expediente objeto del recurso, abierto con cuatro lotes, con valores estimados respectivos de 64.773.680,00 €, 36.003.030,00 €, 34.558.339,00 €, 35.676.140,00 €, total 171.011.189,00 €.

Se publicaron los correspondientes anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público con esa fecha y se publicó en el Boletín Oficial del Estado y en el Diario Oficial de la Unión Europea el 12 de noviembre de 2014.

El apartado X del PCAP señala: "*X.- Criterios de adjudicación del contrato.*"

1.- Criterios de valoración de las proposiciones

Los criterios de valoración que servirán de base para la adjudicación del contrato así como su ponderación se detallan en el Anexo III de este pliego para cada uno de los lotes definidos. En el caso de los criterios evaluables sin fórmula matemática se establece la puntuación máxima que se podrá otorgar en cada subcriterio.

2.- Fórmulas de aplicación en los criterios evaluables mediante la aplicación de fórmulas

(...)"

El Anexo III incluye "*Precios de los viajes*", "*Amplitud y calidad de la oferta alojamiento en las localidades de la tabla "Listado de Destinos de Referencia "*", "*Amplitud y calidad de la oferta alojamiento en localidades no incluidas en el "Listado de Destinos de Referencia"*", "*Plan de puesta en marcha*", y "*Plan de gestión del servicio*".

La aquí recurrente recurrió los pliegos, desistiendo de su recurso.

Tras los trámites oportunos, en sesión de 27 de enero de 2015, el Pleno de la Junta de Contratación Centralizada acordó adjudicar cada uno de los lotes a favor de VIAJES HALCÓN, S.A. Dicho acuerdo fue publicado y notificado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 27 de enero de 2015.

Segundo. Con fecha 12 de febrero se presenta el recurso que nos ocupa alegando, en primer lugar, que las empresas licitadoras VIAJES HALCÓN, S.A.U. y VIAJES ECUADOR, S.A., forman parte del mismo grupo empresarial y habrían incumplido el artículo 145.3 TRLCSP, que prohíbe a un licitador presentar más de una oferta. Se argumenta como fundamento que las citadas empresas han actuado de manera coordinada por GLOBALIA CORPORACIÓN EMPRESARIAL, S.A., la empresa que ostenta el 100 % del capital de ambas empresas, a través de la División Minorista de GLOBALIA, con la finalidad de que la empresa VIAJES HALCÓN S.A.U. (en adelante HALCÓN), sea la adjudicataria de los diversos lotes y VIAJES ECUADOR S.A. (en adelante ECUADOR), sea una empresa que haya participado con el objetivo de desvirtuar las puntuaciones. Todo ello, realizado en fraude de ley y con merma de la necesaria competencia, de modo que "*Globalia utiliza dos sociedades para conseguir una ventaja que le permite colocar a su marca más prevalente y prestigiosa como ganadora indiscutible de un "todo" en el mercado, con el consiguiente efecto económico directo (para la "unidad de negocio", en la que se incluye también la otra licitadora, Viajes Ecuador), y los efectos derivados de la adjudicación (consideración de liderazgo, incremento de prestigio y valor de marca, aumento de la percepción de garantía de confianza, etc.)*". Añadiendo que "*La duplicidad de ofertas "desproporcionadas" (si se intuye, antes de la presentación de ofertas, que los licitadores serán más de tres, lo que es muy plausible en este contrato), diluye las posibilidades de que el órgano de*

contratación las pueda calificar de temerarias, más aún cuando el pliego no establece los criterios para que sean así calificadas.”

Para ello, resumidamente, alude a coincidencias personales en la ocupación de cargos de ambas empresas, y en la actuación de apoderados en ambas empresas, su idéntico domicilio social, identidad de objeto, existencia de unidad de negocio, etc.

Y, resumidamente también, analiza la oferta presentada respecto del lote 4, del siguiente modo: *“En los vuelos en los que no opera Air Europa la estrategia es cambiante en función de la ponderación del destino y la previsión de frecuencia de uso. La fórmula de ponderación asigna la puntuación máxima a la oferta más baja, y más puntos a la oferta que más se acerca a aquella. En muchos supuestos, es Viajes Ecuador quien realiza la oferta rompedora (claramente temeraria), con ello se garantiza la asignación de la máxima puntuación en detrimento del resto de los competidores que no pueden obtenerla. Como Viajes Ecuador no es la apuesta ganadora, Globalia no corre ningún riesgo, ya que nunca se verá obligada a proporcionar ese servicio al precio ofertado por Ecuador; pero con ello consiguen que no sea un competidor de Globalia quien alcance la máxima puntuación. Una vez restada la puntuación máxima a los licitadores. Halcón se posiciona para maximizar su puntuación en relación a la oferta de Viajes Ecuador, cuyo importe conoce previamente. Esto se observa con mayor claridad en el lote nº4. En rutas en las que no opera Air Europa, Viajes Ecuador realiza la oferta más baja, claramente temeraria; con ello se garantiza que no sea un competidor de Viajes Halcón (“apuesta ganadora”) quien obtenga la máxima puntuación, por lo que les resta puntos en favor de Viajes Halcón; así, en rutas no operadas por Air Europa se observa lo siguiente:*

- En la ruta Madrid-Almería, peso 2, precio máximo 550.-euros. Viajes Ecuador presenta una oferta de 75,74.- euros. En la tabla de puntuación, Viajes Ecuador obtiene el máximo (1,20 puntos) que, de no haber presentado oferta temeraria, hubieran correspondido a Viajes Nautalia (oferta 240 euros) a quien sin embargo se le han asignado 0,78 puntos (Ver página 14/26 del informe de valoración).

-En la ruta Madrid- Oviedo peso 2, precio máximo 400.-euros, Viajes Ecuador presenta una oferta de 60.- euros. Viajes Ecuador obtiene el máximo (1,20 puntos) que. de no

haber presentado oferta temeraria, hubieran correspondido a Viajes El Corte Inglés (oferta 72,74 euros) a quien sin embargo se le han asignado 1,16 puntos.

-En la ruta Madrid-Santiago de Compostela, peso 2, precio máximo 320.-euros, Viajes Ecuador presenta una oferta de 50.48.- euros y obtiene la máxima puntuación (1,20 puntos) que. de no haber presentado oferta temeraria, hubieran correspondido a Viajes El Corte Inglés (oferta 52,48 euros) a quien sin embargo se le han asignado 1,19 puntos.

- En la ruta Madrid- Dublín (Irlanda) peso 10. precio máximo 500.-euros, Viajes Ecuador presenta una oferta de 81,32.- euros y obtiene el máximo (6 puntos) que, de no haber presentado oferta temeraria, hubieran correspondido a Viajes El Corte Inglés (oferta 99.93.-euros) a quien sin embargo se le han asignado 5,73 puntos.”

Señala que en todos estos supuestos Viaje Ecuador presenta una oferta más baja que la de Viajes Halcón, y se pregunta cómo es posible que una segunda marca y con menos volumen de contratación obtenga, de aerolíneas competidoras de Air Europa, mejores tarifas que su “sociedad hermana y primera marca”.

Y sigue “Lo importante es asegurarse a toda costa que sea Viajes Halcón, primera apuesta ganadora de Globalia, la empresa adjudicataria de todos los lotes. Por eso no se duda en realizar ofertas temerarias para el transporte aéreo, como veremos en el segundo motivo del recurso.

Por otra parte, en el caso de que el órgano de contratación se planteara la eventual calificación de desproporcionada de la mayoría de las ofertas de vuelos realizada por Viajes Halcón”), en los que no opera Air Europa, permitiría a Globalia entrar, dentro del procedimiento de adjudicación, en una segunda ronda de asignación de puntos para el caso nada improbable de que aquella no pudiera justificar acreditadamente sus propuestas en vuelos no operados por Air Europa. En tal caso, Globalia cuenta con una segunda oportunidad ya que como se observa en el documento nº23, al que más tarde haremos referencia, Viajes Ecuador presenta valores mucho más razonables y cercanos 1 1 a la realidad del mercado para los mismos vuelos, lo que le permitiría, merced a esta reasignación de puntos, poder optar a conseguir una puntuación que le permitiera alcanzar algún lote que se le pudiera escapar a Viajes Halcón. Por tanto, si las ofertas de

vuelos no son consideradas como temerarias, gana Halcón; si lo son puede ganar Ecuador; en definitiva, Globalia resulta favorecida respecto a los demás licitadores”.

Alude a la doctrina del levantamiento del velo y a nuestra Resolución 527/2014, que dice la consideraba admisible, y a la STSJ de Madrid de 29-10-2007.

-Como alegación subsidiaria, considera que VIAJES HALCÓN ha realizado ofertas temerarias en relación al precio de los vuelos en todos los lotes del concurso, señalando que el artículo 145.4 en su segundo párrafo implica que se aplique automáticamente el régimen previsto en el art. 152 para los valores anormales o desproporcionados, realizando aun análisis según el cual la oferta de VIAJES HALCÓN en todos los lotes era un 10% inferior a la media.

Por ello, suplica que se acuerde excluir a VIAJES HALCÓN y a VIAJES ECUADOR del contrato y a anular la adjudicación del mencionado contrato efectuada a VIAJES HALCÓN; y con carácter subsidiario a la solicitud anterior, se considere como anormales o desproporcionadas las ofertas indicadas realizadas por VIAJES HALCÓN, ordenando al órgano de contratación que proceda conforme al artículo 152 del TRLCSP, en relación con los art. 85 y 86 del Reglamento del 2001.

Asimismo, solicita como prueba que se libre oficio a varias entidades (líneas aéreas, negocios hoteleros) para que certifiquen si mantienen relaciones comerciales con VIAJES HALCÓN y con VIAJES ECUADOR, si el contrato que regula las relaciones comerciales es único para ambas agencias, y para el caso de que sean diferentes contratos, si las condiciones comerciales acordadas son las mismas para estas dos agencias.

Tercero. El órgano de contratación ha presentado informe señalando que:

-No puede formalmente limitar la presentación de ofertas por empresas que tienen personalidad jurídica diferenciada, tal y como admite la recurrente de acuerdo con la normativa vigente y la jurisprudencia del TJUE;

-No ha apreciado que la actuación conjunta de HALCÓN y de ECUADOR haya servido para desvirtuar la valoración. A estos efectos, afirma que la prueba que aporta la recurrente se circunscribe sólo a los precios de billetes de avión, que era uno de los

criterios de adjudicación que se indicaban en el PCAP. Y que analizando la oferta presentada por ambas empresas se puede concluir lo siguiente:

“ ~~ON presentó los~~ *ON presentó los precios más bajos en todos los vuelos del lote 1, salvo 2 casos. En esos 2 casos, la mejor oferta fue de ECUADOR y la segunda mejor oferta fue la de HALCÓN.*

☐ *Lote 2: la oferta de HALCÓN es mejor que la de ECUADOR en 48 de los 51 vuelos definidos y, de esos tres casos, sólo en 2 la oferta de ECUADOR fue la mejor.*

☐ *Lote 3: HALCÓN presentó los precios más bajos en todos los vuelos del lote 3.*

☐ *Lote 4: la oferta de HALCÓN es mejor que la de ECUADOR en 20 de los 26 vuelos definidos y, de esos seis casos, en 2 la oferta de HALCÓN es la segunda mejor oferta.”*

Por lo que afirma que “De lo anterior, es imposible inferir que haya habido una actuación coordinada para distorsionar la valoración de las ofertas ya que en la inmensa mayoría de los precios ofertados HALCÓN presenta mejores ofertas que ECUADOR y en aquellos casos en los que no es así, el impacto es tan mínimo que ni siquiera podría calificarse como una situación anormal.

De hecho, el efecto de eliminar la oferta de ECUADOR, por tanto, es nula en el lote 3. En los lotes 2, 3 y 4, la eliminación de la oferta de ECUADOR, hubiera supuesto una mejora de la puntuación de HALCÓN. “

En definitiva, concluye que no se han detectado indicios en el sentido expuesto por parte de la recurrente.

-En cuanto al segundo motivo de impugnación del recurso, (la aplicación de las previsiones del artículo 152 TRLCSP y del artículo 85 y 86 del RGLCAP sobre ofertas con valores desproporcionados o anormales), el órgano de contratación destaca que fue interpuesto recurso especial en materia de contratación frente a los pliegos reguladores de esta contratación por parte de la hoy recurrente, y uno de los motivos de impugnación fue que el PCAP no establecía mecanismos para la detección de ofertas anormales, pero posteriormente desistió.

Por tanto, entiende que la ausencia de estos criterios para apreciar valores anormales en las ofertas es una potestad, cuando hay múltiples criterios, del órgano de contratación y que no es posible que el órgano de contratación aplique unos criterios de detección de ofertas con valores anormales no previstos en el PCAP.

Cuarto. En fecha 18 de febrero de 2015 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores para que, si lo estimaban oportuno, formularan las alegaciones que convinieran a su derecho. HALCÓN VIAJES, S.A.U. ha presentado alegaciones considerando, en primer lugar, que este Tribunal no puede pronunciarse sobre conductas colusivas o afectantes a la competencia, por ser competencia de la CNMC, citando nuestra Resolución de 23 de mayo de 2014; y que el art. 145 TRLCSP es solo de aplicación a los contratos de concesión de obra pública, citando al efecto nuestra Resolución de 12-12-2014.

Destaca también la independencia entre HALCÓN y VIAJES ECUADOR, que cifra en que:

“ su dimensionamiento y estrategia global: tipo de clientes a los que se dirige. Por ejemplo Viajes Ecuador se dedica a un target de cliente particular de poder adquisitivo medio-alto.

· En el Área de Cataluña, Viajes Ecuador no realiza viajes de Empresas, ni de eventos ni de Colectivos.

· En la parte de Organismos Oficiales, Viajes Ecuador es una marca de referencia tanto para el segmento corporativo como para Grupos y Colectivos.

· El certificado de clasificación para la organización y promoción de congresos, ferias y exposiciones como agencia de viajes, Viajes Halcón solo puede licitar hasta 150.000 euros porque tiene el certificado de clasificación L 05 A / U 04 D y Viajes Ecuador puede licitar por un importe superior a 600.000 euros por que el certificado de clasificación es L 05 D / U 04 D.

- *La existencia de oficinas de una y otra empresa que compiten en las mismas poblaciones, coincidiendo en algunos casos en las mismas calles dentro de una misma población: Se adjunta Excel, con el listado de Oficinas (documento nº 1)*
- *La existencia de dos dominios web diferentes, una para cada una de ellas www.viajesecuador.com y www.halconviajes.com.*
- *la presentación por ambas de ofertas en diferentes concursos, con diferente suerte en cada uno de ellos (se aporta cuadro resumen como documento nº 2, sobre el que se propone prueba en Otrosí, sin perjuicio de aportar, como muestra, adjudicación realizada por la Universidad de Navarra, en licitación a la que acudió VECI). De dicha estadística pueden obtenerse dos conclusiones esenciales: (i) unas veces obtiene la adjudicación Viajes Halcón, otras Viajes Ecuador, y en ocasiones ambas resultan adjudicatarias de diferentes lotes integrantes de una misma licitación. Si Viajes Ecuador fuera una empresa acomodaticia a los intereses de Viajes Halcón, lo normal es que no le discutiese una adjudicación, y mucho menos que compartiesen distintos lotes. Y (ii) a pesar de haber concurrido con ellos en numerosos concursos, VECI no impugnó ni una sola de las adjudicaciones por el motivo que le ha llevado a este recurso especial.*
- *En cuando al personal, ambas empresas tienen personal independiente e intransferible con Representantes de los Trabajadores; Convenios propio en Viajes Ecuador; y Convenio agencia de Viajes para viajes Halcón; medidas colectivas, distinta aplicación de ERES y ERTES; etc)”.*
- *La gestión de los Clientes y Cuentas de Empresas son independientes.”*

Afirma también que “Siendo evidente que la dimensión de Viajes Halcón le puede permitir mayores posibilidades (su cifra de negocio es seis veces superior a la de Viajes Ecuador, según el informe del grupo aportado por la recurrente) no es de extrañar que, concurriendo a una misma licitación, mi representada pueda realizar una oferta en conjunto más ventajosa y diferente de la realizada por Viajes Ecuador...”.

Añade que “el análisis de las proposiciones de Viajes Ecuador y Viajes Halcón lo único que corrobora es que solamente en once (11) rutas de los cuatro lotes oferta un precio mejor Viajes Ecuador, mientras que en la mayoría del resto de las ofertas, ciento once

rutas (111) quien realiza la mejor oferta es Viajes Halcón”, de modo que señala que no se justifica la existencia de indicios de un práctica concertada, añadiendo que “de los 26 folios de que consta el recurso, tan solo se dedican dos folios a exponer como se ha producido la supuesta concertación y tan solo se concreta en los precios ofertados respecto a las rutas aéreas del lote 4.”

Y respecto de tal lote, afirma que “dentro de ese Lote, examinando las cuatro rutas (de un total en el Lote de 26) que cita la recurrente como ofertas ultra agresivas de Viajes Ecuador, supuestamente destinadas a maximizar la puntuación de mi representada pero sin incurrir en una hipotética temeridad, sólo una (Madrid-Almería) resulta claramente más barata que el resto (por las razones empresariales que sean, que esta parte desconoce) puesto que:

- En Madrid-Oviedo la diferencia con VECI es de 60 a 72,74 euros.*
- En Madrid-Santiago la diferencia con VECI es de 50,48 a 52,48 euros.*
- En Madrid-Dublín, la diferencia con VECI es de 81,32 a 99,93 euros.*

Supuestos todos ellos en los que ni la diferencia es escandalosa, aseguraba a Viajes Ecuador, dada la competencia en precios precisamente de la recurrente VECI, el privilegio de ofrecer la oferta más agresiva, que según las conjeturas de la recurrente, permitiría a mi mandante obtener la mejor puntuación posible, pero sin incurrir en temeridad. De hecho, si la idea que propugna la recurrente es que Viajes Halcón maximizaba su puntuación en tales casos, colocándose al rebufo de Viajes Ecuador, no se entiende por qué es VECI y no Viajes Halcón la segunda oferta más ventajosa en los supuestos analizados.”

Añade que “Hasta tal punto la competencia de precios con VECI ha sido reñida, que muchas ofertas de VECI, aplicando los mismos criterios que emplea la recurrente (sobre los que nos pronunciaremos en epígrafe aparte, ya que no son aplicables) incurrirían en esa supuesta temeridad:” presentado cuadro analítico al respecto de varios lotes, de modo que “el análisis de todos los lotes revela al menos seis casos en los que VECI realiza ofertas que serían temerarias, de ser invocables los criterios que invoca VECI...”

Asimismo, analiza qué hubiera pasado si VIAJES ECUADOR no hubiese concurrido a la presente licitación, señalando que *“Si analizamos detenidamente las ofertas presentadas por Viajes Halcón y Viajes Ecuador en el Lote 4 (al que hace continuas referencias el Recurso de VECl, por ser el único Lote en el que no hay, siempre según ellos, “ofertas temerarias” de VECl) vemos que el concurso de Viajes Ecuador en este Lote, no hace otra cosa que perjudicar la puntuación de Viajes Halcón, más que beneficiarle.”*

-Respecto de la baja temeraria, considera resumidamente que es inaplicable, pues el pliego no preveía su ponderación.

-También ha presentado alegaciones VIAJES BARCELÓ, S.L., en que, en relación con la temeridad de las ofertas, señala que está completamente en desacuerdo con los datos incluidos en los cuadros presentados por la recurrente, pues los cálculos realizados por VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A. están formulados analizando la baja temeraria por el sumatorio de rutas, *“siendo que esta forma de proceder no tiene sentido alguno en el expediente que nos ocupa, toda vez que la fórmula de ponderación establecida en los Pliegos que rigen el presente procedimiento se aplica precio a precio, es decir, ruta a ruta”,* realizando un análisis del que resultaría que *“tanto la oferta de la recurrente como la de la empresa que ha sido propuesta como adjudicataria, incurren en valores anormales o desproporcionados en un porcentaje muy elevado de la oferta presentada.”*

Añade que *“los precios finales ofertados por apunas empresas licitadoras son inferiores al importe de las tasas que conforman el precio final de la tarifa aérea, importe, el de las tasas, sobre el que las agencias de viajes no disponen de ningún tipo de potestad modificadora”,* lo que los convierte en temerarios.

Quinto. El 23 de febrero de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión automática del procedimiento de contratación para los Recursos 124, 129 y 130/2015, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.



Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSF).

Segundo. El recurso ha sido presentado en tiempo y forma, dentro del plazo de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 TRLCSF.

Tercero. Por lo que se refiere a la legitimación para interponer el recurso, la misma procede, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSF según el cual *“podrá interponer 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”*. En efecto, la recurrente ostenta un claro interés legítimo en la medida en que es una de las entidades que ha concurrido al procedimiento para la adjudicación del contrato objeto de licitación.

Cuarto. Este Tribunal considera innecesaria la práctica de la prueba propuesta, tanto porque los extremos que se pretenden advenir no han sido negados en sus alegaciones la adjudicataria, y por tanto no resultan controvertidos; como porque, como seguidamente se analizará, la acreditación de los extremos pretendidos nada añadirá al razonamiento que seguidamente se hará sobre la inexistencia de indicios que vayan más allá de la relación habitual entre empresas del mismo grupo.

Quinto. En cuanto a la presentación de ofertas por empresas del mismo grupo, entiende este Tribunal que debe operar lo dispuesto en la Disposición Adicional vigésima tercera del TRLCSF *“Prácticas contrarias a la libre competencia”*, que señala: *“Los órganos de contratación, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y los órganos competentes para resolver el recursos especial a que se refiere el artículo 40 de esta Ley notificarán a la Comisión Nacional de la Competencia cualesquiera hechos de los que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones que puedan constituir infracción a la legislación de defensa de la competencia. En particular, comunicarán cualquier indicio de acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela entre los licitadores, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en el proceso de contratación.”*; En relación con lo dispuesto en el art. 145 . *“3. Cada licitador no podrá presentar más de una*

proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.

4. En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.

En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152.”

De la interpretación conjunta de estos artículos resulta que:

-La presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas sólo supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación en el caso de los contratos de concesión de obra pública. Así lo dijimos en nuestra Resolución 922/2014: “El supuesto de presentación de proposiciones por empresas de un mismo grupo no está regulado en el artículo 145.3 del TRLCSP sino en el artículo 145.4 de dicho texto legal, siendo así que la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas sólo determina su exclusión del procedimiento en los contratos de concesión de obra pública, y que “en los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152”, remisión que ha de entenderse efectuada al artículo 86 del RGLCAP. Por tanto, la formulación de ofertas por empresas del mismo grupo en los contratos de servicios, como es el caso, resulta admisible y no determina la exclusión de la licitación...” También se

dice en la Resolución 527/2014: “... además de por restringirse su alcance al contrato de concesión de obra pública, tampoco sería dado invocar (y, de hecho, no se hace en el recurso) lo dispuesto en el artículo 145.4 TRLCSP, que prohíbe, como es sabido, que empresas pertenecientes al mismo grupo formulen proposiciones a un mismo contrato.”

-El enjuiciamiento de si existe una práctica colusoria corresponde a los organismos reguladores que tienen encomendado su control, ex D. Ad. 23ª ya citada.

-Ahora bien, sí queda bajo el control de este Tribunal el enjuiciamiento de si resulta conculcado el art. 145.3 TRLCSP, de modo que podría apreciarse, procediendo al “levantamiento del velo”, si bajo la apariencia de ofertas formuladas por dos empresas distintas se encubre en realidad la presentación de dos ofertas por quien pueda considerarse, a todos los efectos, como una misma empresa.

Pues bien, en nuestro caso, las vinculaciones entre la adjudicataria y VIAJES ECUADOR a que se hace referencia por la recurrente y que se resumen en los Antecedentes no dejan de ser las propias de empresas de un mismo grupo, previsión que en sí misma está contemplada en la ley (art. 145 TRLCSP) sin que ésta considere que se trata por ello de una misma empresa a efectos de excluir –salvo para un concreto tipo de contratación– las ofertas; de modo que no existe base para proceder a un levantamiento del velo que justifique la aplicación del art. 145 ya reseñado.

-En cuanto a si procede dar noticia a la CNMC de la conducta observada en aplicación de la D Ad 23ª ya citada, entendemos que el análisis de las ofertas que realiza la recurrente, puesto en relación con las alegaciones del órgano de contratación y de la propia adjudicataria, no lleva apreciar indicios de la existencia de práctica tendente a falsear la oferta.

Así, el análisis de la recurrente se limita, en puridad, a uno de los lotes (el lote 4), y se circunscribe sólo a los precios de billetes de avión, que era sólo uno de los criterios de adjudicación que se indicaban en el PCAP. Además, debemos tener en cuenta el análisis también efectuado por el órgano de contratación, que señala que en la gran mayoría de los precios ofertados HALCÓN presenta mejores ofertas que ECUADOR, y en aquellos casos en los que no es así, el impacto es tan mínimo que ni siquiera podría calificarse como una situación anormal.

Todo ello, sin perjuicio de que, obviamente, lo declarado en este punto no prejuzga la conclusión a que pudieran llegar los organismos competentes para perseguir actuaciones colusorias, en el procedimiento que corresponda.

-Por tanto, solo cabe desestimar su alegación y pretensión principal (exclusión de las dos ofertas), y analizar cuál sea en nuestro caso la consecuencia de la aplicación del último inciso del art. 145.4 TRLCSP, lo que enlaza con la petición subsidiaria de la actora.

Sexto. Es incuestionable que en nuestro caso, el PCAP no contiene previsión acerca de proposiciones anormales o desproporcionadas, y que tal pliego no fue recurrido en tiempo y forma por el aquí recurrente (pues a ello equivale que desistiera de su recurso), que lo consintió; siendo también inequívoco el tenor del art. 152 TRLCSP, que convierte la fijación de parámetros para determinar si la oferta es anormal o desproporcionada en facultativa para el órgano de contratación cuando para la adjudicación –cual es nuestro caso-deba considerarse más de un criterio de valoración, y no únicamente el precio, al distinguir:” 1. *Cuando el único criterio valorable de forma objetiva a considerar para la adjudicación del contrato sea el de su precio, el carácter desproporcionado o anormal de las ofertas podrá apreciarse de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente, por referencia al conjunto de ofertas válidas que se hayan presentado.*” Y “2. *Cuando para la adjudicación deba considerarse más de un criterio de valoración, podrá expresarse en los pliegos los parámetros objetivos en función de los cuales se apreciará, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados. Si el precio ofertado es uno de los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, podrán indicarse en el pliego los límites que permitan apreciar, en su caso, que la proposición no puede ser cumplida como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales.*”

Ahora bien, lo que pretende el recurrente es que, si se dan los presupuestos del art. 145.4 (presentación de ofertas por empresas vinculadas), debe actuar en todo caso la ponderación de si las ofertas son anormales o desproporcionadas, con independencia de lo que indique al efecto el pliego.

Recordemos que el art. 86 del Reglamento señala: *“Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo*

1. *A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio (LEG 1885, 21), presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.*

2. *Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.*

3. *A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.*

4. *A los efectos de lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.”*

Existen aquí dos posibles interpretaciones: a) Entender que el art. 145.4 “in fine” se remite al régimen de ofertas anormales o desproporcionadas que resulte del art. 152 TRLCSP y del pliego, de modo que únicamente (i) si se trata de licitación que solo tenga en cuenta el precio, o (ii) de licitación en que, aun teniendo en cuenta otros criterios, el PCAP establezca parámetros de temeridad; serán objeto de análisis las ofertas presentadas por empresas vinculadas iniciándose procedimiento contradictorio al efecto; o b) Entender que, en caso de ofertas de empresas vinculadas, se aplica en todo caso el análisis de ofertas anormales o desproporcionadas, y, por tanto, a falta de previsión en el PCAP, habrá de estarse a los criterios del precitado art. 86 en relación con el 85.

Pues bien, este Tribunal se inclina por la primera interpretación: Por una parte, porque tener en cuenta parámetros únicamente económicos –cuales son los del art. 85 y 86 del Reglamento-en un supuesto en que los criterios de adjudicación son de variada índole, falsearía la propia ponderación del carácter anormal de la oferta. Y, por otra, por razones sistemáticas, pues el art. 86 se refiere –modulándolo-con toda claridad al 85, titulado “*Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas*”, es decir, en los procedimientos que solo tienen en cuenta el precio, y por tanto, hay que entender que solo es de aplicación en estos casos.

Y aunque se podría señalar que, de ser esta la interpretación correcta, no hubiera sido necesario el inciso del art. 145 TRLCSP que se remite a la regulación de ofertas anormales o desproporcionadas, lo cierto es que tal mención puede hacerse por el legislador con una finalidad aclaratoria.

Por lo que tal alegación y la pretensión subsidiaria del recurrente deben ser también desestimadas.

Ello lleva a desestimar la alegación hecha por VIAJES BARCELÓ de que varias ofertas del adjudicatario y del recurrente estaban incursas en anormalidad, pues no son de aplicación los artículos 85 y 86 del Reglamento a nuestro caso; además de que tales alegaciones, en todo caso, son propias de un recurso (siendo que el interpuesto por VIAJES BARCELÓ contra la adjudicación y que se resuelve en otra Resolución, no entra en esta consideración); por lo que su alegación no puede ser atendida al haberse debido formular mediante el correspondiente recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha, **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso presentado por D. J.L.V.S., en representación de VIAJES EL CORTE INGLES, S.A. contra el acuerdo de adjudicación en el contrato de agencia de viajes de la Administración General del Estado, Expediente 11/14.

Segundo. Levantar la medida provisional de suspensión del procedimiento de contratación según lo establecido en el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.