



**Recurso nº 333/2015 C.A. Principado de Asturias 23/2015**

**Resolución nº 407/2015**

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

En Madrid, a 30 de abril de 2015.

**VISTO** el recurso interpuesto por D. J. F. C., en representación de RYANAIR, LTD., contra los pliegos que han de regir la contratación del servicio de publicidad para la promoción del sector turístico asturiano y su conectividad área en el ámbito internacional, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

**ANTECEDENTES DE HECHO.**

**Primero.** Por el órgano de contratación, la sociedad pública de gestión y promoción turística y cultural del Principado de Asturias, S.A.U, se convocó, mediante anuncio publicado en Plataforma de Contratación del Sector Público el 19 de marzo de 2015, en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de marzo de 2015, y en el Perfil del Contratante el 24 de marzo de 2015, licitación para adjudicar mediante procedimiento abierto el servicio de publicidad para la promoción del sector turístico asturiano y su conectividad área en el ámbito internacional, con un *valor estimado del contrato de 3.300.000,00 €*.

**Segundo.** Contra los Pliegos de Condiciones Jurídicas y de Condiciones Técnicas el representante de RYANAIR ha interpuesto, previo anuncio ante el órgano de contratación, recurso ante este Tribunal, mediante escrito con fecha de entrada en su registro de 8 de abril de 2015, por el que se solicita:

*Anular la Condición 3.2 del Pliego de Condiciones Técnicas, en cuanto impone unos injustificados límites de capacidad de las aeronaves entre 95 y 140 plazas.*



*Anular la Condición 9.3 del Pliego de Condiciones jurídicas, en cuanto prevé sobre las "Ofertas con valores anormales o desproporcionados".*

*Anular la Condición 10.1 del Pliego de Condiciones Jurídicas en cuanto al epígrafe sobre "Propuesta de conectividad aérea internacional del aeropuerto de Asturias con otras regiones: hasta 50 puntos".*

*Anular, en consecuencia, el referido procedimiento de licitación y, de haberse producido, la adjudicación del contrato; ordenando la convocatoria de una nueva licitación en la que deba servir de base unos nuevos pliegos de condiciones técnicas y de condiciones jurídicas adaptados a los pronunciamientos de la resolución.*

**Tercero.** De conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), se solicitó del órgano de contratación la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe el 14 de abril de 2014.

**Cuarto.** Interpuesto el recurso, con fecha de 21 de abril de 2015, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución por la que se concedía la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 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 41.1 del TRLCSP y en el Convenio suscrito al efecto entre la Administración del Estado y la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, el 4 de octubre de 2013, y publicado en el BOE el día 28 de octubre de 2013.



**Segundo.** La entidad RYANAIR, LTD ostenta legitimación activa para interponer el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 42 TRLSP, al tratarse de un potencial licitador.

**Tercero.** El objeto del recurso son los pliegos de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, susceptible, por tanto, de recurso especial de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

**Cuarto.** La primera cuestión jurídica que se plantea es si puede considerarse que la interposición del recurso se ha producido dentro del plazo legal de quince días hábiles previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP. Sobre el plazo para interponer el recurso especial contra los pliegos cuando el acceso a ellos, como es el caso, se ha facilitado por medios electrónicos, procede traer a colación nuestra Resolución 534/2013 en la que este Tribunal asume el criterio manifestado por la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso 264/2011) en su sentencia de 30 de octubre de 2013, con arreglo al cual, en supuestos como el que se examina, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos es el día en que tiene lugar la publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger el pliego en el lugar indicado en los anuncios.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el anuncio de la licitación se publicó en DOUE el **24 de marzo de 2015**, ha de entenderse que el recurso especial, con entrada en el registro de este Tribunal el día 8 de abril de 2015, se ha presentado dentro de plazo.

**Quinto.** En relación con la cuestión de fondo, debemos examinar en primer lugar la pretensión de la entidad recurrente de que se declare nula la Condición 3.2 del Pliego de Condiciones Técnicas, en cuanto impone a las aeronaves unos límites de capacidad entre 95 y 140 plazas. De acuerdo con lo previsto en dicha cláusula, *“De cara a garantizar la estabilidad de las rutas se estima que el uso de un avión de tamaño mediano es más adecuado por lo que la implementación de las rutas habrá de hacerse con aviones con una capacidad mínima de 95 plazas y máxima de 140, capacidad que deberán tener las aeronaves basadas en el Aeropuerto de Asturias”*.



Según señala la entidad recurrente, carece de sentido, y no guarda ninguna relación con la naturaleza ni con la calidad de los servicios de promoción objeto del contrato, la restricción sobre el tipo de avión que deberá utilizar la compañía aérea adjudicataria. A su juicio, esta limitación reduce injustificadamente el número de potenciales pasajeros que podrían volar a Asturias, en especial, entre aquellos que sean receptores de las acciones promocionales objeto del contrato licitado.

Además, señala la recurrente, esa limitación tiene el efecto de limitar la concurrencia de la mayor parte de operadores aéreos pues estos **operan vuelos, sobre todo internacionales de corto y medio radio (menos de 4 h y media de duración), con aeronaves de más de 140 plazas. En concreto, RYANAIR LTD opera sus vuelos con aviones Boeing 737-800, de 189 plazas.**

Por su parte, el órgano de contratación manifiesta que la **finalidad de la licitación es promover el turismo en Asturias y mejorar la conectividad aérea de esta comunidad de la manera más eficaz para asegurar la continuidad de las medidas de promoción en el tiempo y la estabilidad de las rutas a largo plazo, teniendo en cuenta el tamaño y las condiciones características del aeropuerto de Asturias y su área de influencia, más reducida que la de otros aeropuertos de España, y la demanda potencial del destino Asturias en las rutas a operar. Atendiendo a estas características, se ha considerado que el tamaño de la aeronave que se ajusta mejor a las necesidades actuales de Asturias y que, por tanto, mejor puede garantizar la estabilidad de las rutas en el tiempo -y por ende su promoción en los correspondientes destinos- se sitúa entre 95 y 140 plazas. De hecho, otros aeropuertos de tamaño similar o incluso superior al de Asturias, cuentan con este tipo de aviones basados, mientras que el aeropuerto de Asturias, actualmente, no cuenta con ninguno.**

A su juicio, RYANAIR LTD pretende aislar los servicios de promoción turística de la realidad a la que deben atender dichos servicios, que viene determinada por las características del aeropuerto de Asturias (que es el que recibirá y del que saldrán los vuelos que promocionen Asturias), la demanda potencial del destino Asturias en las ciudades a conectar, y la necesidad de que las rutas que se operen se consoliden más allá de la duración del contrato.



Considera que el contrato trata de que las medidas de promoción perduren en el tiempo fijando tres condiciones importantes:

*que las rutas se operen con una aeronave de entre 95 y 140 plazas, tamaño que se entiende más adecuado para conseguir la estabilidad de las rutas una vez finalizado el Contrato, teniendo en cuenta el área de influencia del aeropuerto de Asturias y su tráfico actual; que las rutas se operen un mínimo de 18 semanas al año con no menos de dos frecuencias semanales, lo cual trata de garantizar una conectividad razonable durante el año y extender el efecto de las medidas de promoción, evitando que los licitadores realicen una gran oferta de plazas pero limitada a los meses de julio y agosto (en cuyo caso las medidas de promoción se concentrarían en un plazo corto); y que el adjudicatario del Contrato mantenga una base de operaciones permanente en el aeropuerto de Asturias, debiendo mantener al menos un avión de las características señaladas "permanentemente en el Aeropuerto de Asturias, donde iniciará y finalizará su operativa diaria y recibirá, entre otros tipos de asistencia habituales, asistencia de mantenimiento en línea", con lo cual se persigue que el adjudicatario realice una apuesta clara por el desarrollo estable de sus operaciones en Asturias más allá de las dos rutas cuya operación se exige como mínimo, con el consiguiente efecto de promoción turística asociada a dicho desarrollo.*

**Manifiesta el órgano de contratación que la limitación** contenida en la condición 3.2 del Pliego de Condiciones Técnicas **no supone una limitación a la libre concurrencia, puesto que existen numerosas compañías aéreas que ya cumplen con ella, y, además, nada impide al resto de compañías adoptar las medidas pertinentes para cumplir con esta especificación técnica adquiriendo este tipo de aeronave o tomándola en arrendamiento.**

En el examen de la cuestión planteada por la entidad recurrente debe tenerse en cuenta lo establecido en el artículo 117.2 del TRLCSP: *“Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.”*



Así mismo, debe partirse de la existencia de un amplio margen de discrecionalidad para el órgano de contratación a la hora de definir los requisitos técnicos que han de exigirse. Cabe citar en este sentido el informe de la Junta Consultiva de Navarra 2/2009: *“La determinación de los criterios técnicos en los pliegos, así como su aplicación concreta por la mesa de contratación, son libremente establecidos por las entidades adjudicadoras de contratos públicos, dentro de los límites de la ciencia y la técnica, por ser ellas las que mejor conocen las necesidades públicas que deben cubrir y los medios de los que disponen y que no son susceptibles de impugnación, salvo en los casos de error patente o irracionalidad”*.

En definitiva, el órgano de contratación es libre de determinar qué requisitos técnicos han de ser cumplidos por los licitadores, habiendo señalado, tanto este Tribunal, como otros Tribunales competentes en materia de contratación pública, que no puede considerarse contrario a la libre concurrencia el establecimiento de prescripciones técnicas que se ajusten a las necesidades del órgano de contratación. Cabe así citar la Resolución nº 9/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Madrid: *“Se limita la concurrencia cuando se establecen prescripciones técnicas que sólo puede cumplir uno de los licitadores, no cuando habiendo determinado justificadamente la Administración la necesidad de un producto y estando éste presente en el mercado en una pluralidad de productores y abierto también a la producción de otros más que quieran fabricarlo, se exige una forma de presentación determinada, ajustada a las necesidades a satisfacer y que cualquiera puede cumplir adaptando su producción a lo requerido. La Administración no ha de ajustarse a la forma de presentación que libremente ha elegido cada productor, puede exigir una determinada ajustada a sus necesidades, y son estos, los productores, los que libremente, si quieren participar en la licitación, han de ajustarse a cumplir lo exigido en las prescripciones técnicas, algo que pueden hacer si modifican su forma de producción sin que nada se lo impida”*.

En definitiva, para que exista una limitación en la concurrencia es necesario acreditar que los requisitos técnicos establecidos en el pliego hacen que necesariamente el contrato sólo pueda ser adjudicado a un único licitador, por ser el único capaz de satisfacer tales requisitos, no existiendo además otros licitadores capaces de satisfacer las necesidades de la Administración de la misma forma.



Ahora bien, si analizamos la Condición 3.2 del Pliego de Condiciones Técnicas en la que se establece que la implementación de las rutas habrá de hacerse con aviones con una capacidad mínima de 95 plazas y máxima de 140, capacidad que deberán tener las aeronaves basadas en el Aeropuerto de Asturias, observamos que en ella no se establecen requisitos técnicos que estén al alcance de un solo licitador o que resulten claramente desproporcionados a las necesidades que se pretenden satisfacer con el contrato.

En efecto, partiendo de la base de que existe una pluralidad de operadores aéreos capaces de cumplir los requisitos exigidos, entiende este Tribunal que el hecho de que el órgano de contratación haya fijado la capacidad mínima y máxima de los aviones destinados a efectuar las rutas programadas por entender que los aviones con esa capacidad son los más adecuados para instrumentar la promoción de Asturias como destino turístico y la conectividad área de esta Comunidad Autónoma, no limita la libre concurrencia. Por lo anterior, resulta procedente desestimar el recurso en este punto.

**Sexto.** Solicita la entidad recurrente, en segundo lugar, que se declare la nulidad de la condición 9.3 del Pliego de Condiciones jurídicas, en cuanto regula las *"Ofertas con valores anormales o desproporcionados"*.

A estos efectos, estima la recurrente que nos encontramos con un contrato sujeto a regulación armonizada, licitado por un poder adjudicador que no tiene el carácter de Administración Pública. Por consiguiente, no tendrían por qué seguirse las normas de los artículos 152.1 y 152 del TRLCSP sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas. Asimismo, considera que la condición 9.3 del Pliego no guarda relación con la necesidad de asegurar la calidad del servicio licitado, sino con la conveniencia de que el contrato sea adjudicado a un concreto licitador en detrimento de otros que realicen mejores ofertas, resultando por ello contraria **a los principios de transparencia y libre concurrencia**.

En otro orden de cosas, estima la entidad recurrente que el último inciso de la Condición Jurídica 9.3 *-{...} que se estime puede ser cumplida a satisfacción de la Administración (...)-* confiere al órgano de contratación un parámetro adicional de arbitrariedad para decidir la final adjudicación del contrato.

**Por su parte, el órgano de contratación estima que está perfectamente facultado para incluir en pliego los parámetros que regulen el tratamiento de las ofertas con**



**valores anormales o desproporcionados. A este respecto, considera que el artículo 190.1 a) del TRLCSP no contiene una prohibición de regular el tratamiento de las ofertas con valores anormales o desproporcionados, si no la exclusión de la obligatoriedad de seguir los criterios previstos en la normativa de contratación pública para apreciar esos valores anormales o desproporcionados en los contratos sometidos a regulación armonizada.**

**Por otro lado, la posible existencia de una oferta con una baja anormal o temeraria no supondría, a juicio del órgano de contratación, una exclusión automática del licitador que pudiera haber incurrido en ella, sino que, como así se indica en el pliego, antes de proceder a la exclusión del licitador, se tramitaría el correspondiente procedimiento con audiencia del licitador que hubiera presentado la oferta supuestamente anormal o temeraria para que realizara las justificaciones pertinentes; y, solo a la vista de las justificaciones efectuadas por el licitador y de los informes técnicos redactados sobre este particular, el órgano de contratación decidiría sobre la posible exclusión o no de ese concreto licitador.**

Bajo la rúbrica de “Adjudicación de otros contratos del sector público”, los artículos 189 a 191 del TRLCSP contienen las normas aplicables por los poderes adjudicadores que, como el órgano de contratación, no tienen el carácter de Administración Pública. A este respecto, el artículo 190.1 a) del TRLCSP establece que en los contratos sujetos a regulación armonizada *“No serán de aplicación las normas establecidas en los apartados 1 y 2 del artículo 152 sobre criterios para apreciar el carácter anormal o desproporcionado de las ofertas...”*.

Ahora bien, esta previsión no significa que los Pliegos que rigen la licitación no puedan, como en el presente caso, establecer los criterios o parámetros para apreciar que una oferta esté incurso en presunción de temeridad. Lo que ocurre es que, si no hubiese referencia directa en los pliegos, no sería de aplicación lo dispuesto en los artículos 152.1 del TRLCSP y 85 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de





octubre, que se refiere a los *“Criterios para apreciar las ofertas desproporcionadas o temerarias en las subastas”*.

Asimismo, aunque se aprecie el carácter presuntamente desproporcionado de la oferta presentada por un licitador, la consecuencia no es, conforme lo dispuesto en la cláusula 9.3 del Pliego, su exclusión, sino el requerimiento al licitador para que justifique la valoración de su oferta y para que precise las condiciones de la misma *“...en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación,...”*.

Sobre la justificación de la viabilidad de las ofertas económicas incursas en presunción de temeridad, la doctrina de este Tribunal (resumida en la Resolución 142/2013, de 10 de abril) considera que: *“El hecho de que una oferta incluya valores anormales o desproporcionados no implica su exclusión automática de la licitación, sino la necesidad de conferir trámite de audiencia al contratista para que justifique la viabilidad económica de la proposición, y de recabar los asesoramientos técnicos procedentes. La decisión sobre la aceptación o no de la justificación de la viabilidad de las ofertas incursas en valores anormales o desproporcionados corresponde al órgano de contratación, atendiendo a los elementos de la proposición y a las concretas circunstancias de la empresa licitadora, y valorando las alegaciones del contratista y los informes técnicos emitidos, ninguno de los cuales tienen carácter vinculante”*.

Como hemos señalado reiteradamente en numerosas resoluciones (vid. Resolución 646/2014), la finalidad de la legislación de contratos es que se siga un procedimiento contradictorio para evitar rechazar las ofertas con valores anormales o desproporcionados sin comprobar antes su viabilidad. No se trata de justificar exhaustivamente la oferta desproporcionada, sino de proveer de argumentos que permitan al órgano de contratación llegar a la convicción de que se puede llevar a cabo. Y obviamente, tales argumentos o justificaciones deberán ser más profundos cuanto mayor sea la desproporción de la oferta.



De acuerdo con estas consideraciones, no existe impedimento legal alguno para que los pliegos de la presente licitación establezcan los parámetros para apreciar que una oferta está incurso en presunción de temeridad, debiendo rechazarse, pues, el motivo del recurso.

**Séptimo.** Finalmente, la entidad recurrente denuncia la nulidad de la Condición 10.1 del Pliego de Condiciones Jurídicas en el que se establece como criterio de valoración: *Propuesta de conectividad aérea internacional del aeropuerto de Asturias con otras regiones: hasta 50 puntos.*

A este respecto, establece la condición 10.1 del Pliego de Condiciones Jurídicas que la propuesta de conectividad aérea internacional del aeropuerto de Asturias con otras regiones podrá ser valorada, tomando en consideración las dos rutas propuestas y los asientos ofertados en los vuelos de ida y vuelta, en función del número total de asientos ofertados, según el siguiente baremo:

|                                |           |
|--------------------------------|-----------|
| Entre 48.000 y 53.999 asientos | 5 puntos  |
| Entre 54.000 y 59.999 asientos | 15 puntos |
| Entre 60.000 y 64.999 asientos | 25 puntos |
| Entre 65.000 y 69.999 asientos | 35 puntos |
| 70.000 asientos o más          | 50 puntos |

A juicio de la entidad recurrente, este criterio impide o desincentiva, en contra de lo que sería un interés público acorde con la naturaleza de los servicios de promoción licitados, que se remitan propuestas que superen sustancialmente el número mínimo de frecuencias de vuelo exigidas para las nuevas rutas.

Así, estima la recurrente que si un licitador ofreciera operar los vuelos con aviones de 140 plazas en las rutas y frecuencias de vuelos mínimas exigidas, su oferta sería de 70.560 asientos, con lo que ya obtendría los 50 puntos. Ningún incentivo hay, a su juicio, para ofrecer más frecuencias de vuelos. Si usa aviones de 125 plazas, consigue de entrada una importante puntuación limitándose a ofrecer el mínimo de rutas y frecuencias exigidas, bastando un ligero aumento al alza en las ofertas de vuelo mínimas para pasar de 25 hasta los 35 ó 50 puntos.



El órgano de contratación señala que es el órgano de contratación quien debe **delimitar sus necesidades y los parámetros de puntuación de las ofertas presentadas. Si, como en el presente caso, la puntuación máxima se obtiene al alcanzar un número determinado de asientos a ofertar, bastará con ofertar ese número para obtener la máxima puntuación; logrado lo cual, lo lógico es que los licitadores concentren sus esfuerzos en mejorar otros aspectos de su oferta, como por ejemplo, la oferta económica o su propuesta de acciones de marketing on-line (entre otros).**

En relación con la cuestión planteada por la entidad recurrente, debe recordarse que la Administración goza de una amplia discrecionalidad para elegir qué concretos criterios utilizará en cada caso a fin de adjudicar un contrato, así como para darles el peso relativo que considere oportuno, siempre y cuando los mismos respeten los principios básicos de la contratación, especialmente el de concurrencia y el de igualdad y no sean irrazonables o carezcan de vinculación con el objeto del contrato. A este respecto, el artículo 150.1 del TRLCSP señala que:

*“Para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa deberá atenderse a criterios directamente vinculados al objeto del contrato, tales como la calidad, el precio, la fórmula utilizable para revisar las retribuciones ligadas a la utilización de la obra o a la prestación del servicio, el plazo de ejecución o entrega de la prestación, el coste de utilización, las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de exigencias sociales que respondan a necesidades, definidas en las especificaciones del contrato, propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la disponibilidad y coste de los repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejantes. Cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste ha de ser, necesariamente, el del precio más bajo”.*

En el presente supuesto, es claro que el criterio de adjudicación cuestionado, consistente en el número de asientos ofertados en las dos rutas internacionales señaladas en los pliegos, guarda una directa relación con el objeto del contrato que,



recordemos, es la promoción del sector turístico asturiano y su conectividad área en el ámbito internacional. Además, el peso relativo de este criterio no puede considerarse exagerado en relación con los restantes, sino adecuado y proporcionado con el objeto del contrato. Por consiguiente, el motivo del recurso debe ser desestimado.

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 interpuesto por D. J. F. C., en representación de RYANAIR, LTD., contra los pliegos que han de regir la contratación del servicio de publicidad para la promoción del sector turístico asturiano y su conectividad área en el ámbito internacional

**Segundo.** Levantar la suspensión acordada conforme al artículo 43.2 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 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias, 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 10.1 k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.