



Recurso nº 839/2015

Resolución nº 860/2015

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

En Madrid, a 25 de septiembre de 2015.

VISTO el recurso interpuesto por D. J.C.G.M. en nombre y representación de Viajes Barceló S.L. contra el Pliego Abreviado de Prescripciones Técnicas para la contratación del Servicio de Agencia de Viajes del Banco de España, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. Con fecha 16 de julio de 2015 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el anuncio de licitación del contrato de Servicio de Agencia de Viajes del Banco de España. Consta asimismo la publicación en el perfil del contratante del Banco de España con fecha 13 de julio de 2015.

Segundo. Junto con el anuncio se ponía a disposición de los licitadores los pliegos del contrato, el pliego de cláusulas generales, el de cláusulas particulares y el de prescripciones técnicas.

Tercero. Con fecha 30 de julio de 2015 se presenta recurso especial en materia de contratación en el Registro General del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. En escrito presentado en el mismo Registro General, con fecha 29 de julio, se solicitó la suspensión del expediente de contratación como medida cautelar.

Cuarto. Consta informe del órgano de contratación, de fecha 5 de agosto de 2015.

Quinto. Con fecha 28 de agosto de 2015 la Secretaría del Tribunal resuelve conceder la suspensión del expediente de contratación con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 45 y 46 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Sexto. Con fecha 24 de agosto, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al otro licitador que había participado en el procedimiento, para que efectuara las alegaciones que a su derecho conviniera, sin que se hayan presentado alegaciones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales y la primera cuestión que surge es la de determinar si efectivamente este Tribunal es competente para resolverlo. Para ello es menester analizar si el Banco de España, como entidad licitadora del contrato, se encuentra o no sujeta al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. La necesidad de este análisis deriva de que en el informe del órgano de contratación se plantea que los contratos que celebra el Banco de España no están sujetos al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Los argumentos que ofrece en apoyo de su pretensión de inadmisión son los siguientes:

- El artículo 4 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, que establece que no le serán de aplicación las leyes que regulen el régimen de contratación salvo cuando dispongan expresamente lo contrario, no habiendo en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ninguna mención expresa al Banco de España. Este criterio se habría reiterado en la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, con respecto de las entidades instrumentales del Banco de España.
- La naturaleza del Banco de España no es la de organismo regulador independiente a que hace referencia el artículo 3.2.d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, sino que según expone el informe del órgano de contratación la naturaleza que define institucionalmente al Banco de España es su carácter de Banco Central del Estado español, lo que explicaría su especial régimen jurídico, en la medida en que no se financia a través de los Presupuestos Generales del Estado, no se aplica la normativa

presupuestaria y no se le regula en el mismo lugar que el resto de los organismos reguladores en la LOFAGE ni en la Ley de Transparencia.

- El artículo 4 de la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España es una norma especial que debe aplicarse con preferencia a la norma general del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
- La propia Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España establece en su artículo 1 que el Banco de España quedará sometido al ordenamiento jurídico privado.

Este Tribunal ya ha resuelto la misma cuestión en su Resolución 582/2015, de 19 de junio, dictada en el recurso 488/2015, en el que la entidad contratante planteaba su no sujeción al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en términos similares a los que ahora mantiene. La decisión que en aquél caso tomó el Tribunal fue mantener su competencia al ejercer el Banco de España funciones de organismo regulador en nuestro ordenamiento jurídico.

La regulación positiva aplicable al Banco de España y la jurisprudencia del TJUE exige que mantengamos este criterio. Comenzando por la normativa aplicable a la entidad contratante procede citar primeramente la Disposición Adicional Octava de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE) que señala lo siguiente:

“El Banco de España, así como los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito se registrarán por su legislación específica”.

Así pues, a diferencia de lo que ocurre con otros organismos públicos, entre otros, los mencionados en las disposiciones adicionales novena y décima de la LOFAGE, el Banco de España exclusivamente se rige por su normativa específica sin que esté prevista la aplicación supletoria de la LOFAGE. En particular, y de forma expresa los artículos 1 y 2 de la Ley de Autonomía del Banco de España, Ley 13/1994 de 1 de junio, afirman que el Banco de España no quedará sometido a las disposiciones de la LOFAGE.

Por lo que se refiere a su normativa propia, con arreglo al artículo 1 de la Ley 13/1994 el Banco de España es una entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y

plena capacidad pública y privada. En el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración Central del Estado, desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el resto del ordenamiento jurídico.

En cuanto a su régimen jurídico se debe estar a lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 13/1994 y por tanto con carácter general el Banco de España queda sometido al ordenamiento jurídico privado. Se exceptúa el caso en el que el Banco de España actúe desempeñando potestades administrativas en cuyo caso resultará aplicable la Ley 30/1992 de 26 de noviembre, reguladora del Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Aclara asimismo la Ley 13/1994 en el artículo 1.2 que en todo caso tendrán naturaleza administrativa los actos dictados por el Banco de España en el ejercicio de las funciones contempladas en los artículos 7.6 y 15.4. En tales artículos no se contiene referencia alguna a actuaciones en materia de contratación.

En la específica materia de contratación procede acudir a lo dispuesto en el artículo 4.1 de la Ley 13/1994 en relación con el artículo 27.1 del Reglamento Interno del Banco de España (RIBE) aprobado por Resolución de 28 de marzo de 2009, del Consejo de Gobierno del Banco de España. En primer lugar, el artículo 4.1 de la Ley 13/1994 señala lo siguiente:

“1. No serán de aplicación al Banco de España las leyes que regulen el régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan expresamente lo contrario”.

En análogo sentido se pronuncia el artículo 27.1 del RIBE cuando dispone que *“Conforme al artículo 4.1 de la Ley de Autonomía del Banco de España, no le serán de aplicación las leyes que regulen el régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan expresamente lo contrario”.*

El Banco de España se ha dotado a sí mismo de unas Reglas Públicas de Contratación aprobadas por la Circular Interna 3/2007, de 20 de julio, en las que se establecen unas normas propias sobre contratación de bienes y servicios, declarando expresamente que

su actividad contractual está sujeta a los principios de concurrencia, igualdad de trato y no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad, transparencia y publicidad. Así, la Circular, según su artículo 1, tiene por objeto regular la actividad contractual del Banco de España al que, según lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 13/1994 de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, no le serán de aplicación las leyes que regulen el régimen presupuestario, patrimonial y de contratación de los organismos públicos dependientes o vinculados a la Administración General del Estado, salvo cuando dispongan expresamente lo contrario. Por su parte, el artículo 35 de la citada Circular señala que los contratos que celebre el Banco de España de conformidad con la presente Circular lo serán siempre en régimen de derecho privado y se ajustarán a las prescripciones contenidas en ella.

Definido el régimen jurídico del Banco de España en este punto, cabe recordar que en nuestra Resolución 582/2015, de 19 de junio manifestamos que si atendemos a la configuración del Banco de España como organismo regulador y supervisor del sistema financiero se hace necesario acudir al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público con el fin de analizar si el Banco de España queda sujeto a dicho texto legal, máxime si se toma en consideración que el Banco Central Europeo aplica a estos efectos las Directivas de contratación a través de su propia normativa. El ejercicio de funciones reguladoras del sistema bancario español por el Banco de España deriva de su normativa reguladora y es reconocida por aquel en su propio informe. La consecuencia de esta atribución legal de funciones conduce, conforme al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, a la conclusión de que el Banco de España está sujeto a la citada norma y sus resoluciones pueden ser objeto del presente recurso especial.

En efecto, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala en su artículo 1 lo siguiente:

“La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta 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.

Es igualmente objeto de esta Ley la regulación del régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos, en atención a los fines institucionales de carácter público que a través de los mismos se tratan de realizar”.

El artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone por su parte lo siguiente respecto del ámbito objetivo de aplicación de la norma:

“1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.

2. Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por los entes, organismos y entidades del sector público que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 17, así como los contratos de obras que celebren los concesionarios de obras públicas en los casos del artículo 274.

3. La aplicación de esta Ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la disposición final segunda”.

Finalmente, procede acudir a su artículo 3 con el fin de conocer el ámbito subjetivo del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, toda vez que la legislación de contratos del sector público se aplica íntegramente a todas las Administraciones Públicas:

“1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público los siguientes entes, organismos y entidades:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por 100.

e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.

f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Los mencionados en las letras a) y b) del apartado anterior.

b) Los Organismos autónomos.

c) Las Universidades Públicas.

d) Las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y

e) las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1.ª Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o

2.ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.

No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

f) (Suprimido)

g) Las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.”

Por tanto, son poderes adjudicadores a efectos de esta Ley, las Administraciones Públicas. Son Administración Pública a los efectos de esta Ley las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.

Dada la naturaleza jurídica del Banco de España en tanto que Administración Independiente con funciones de supervisión y regulación del sistema financiero, es de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aunque no se haga mención expresa al Banco de España en la legislación de contratos. Entiende este Tribunal que la mención de los organismos reguladores dentro del precepto citado no admite duda y puede y debe equipararse a la mención que exige la Ley de Autonomía del Banco de España en el inciso “*salvo cuando dispongan expresamente lo contrario*”. La disposición expresa es la que incluye a todos los organismos públicos que “*tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad*”, circunstancia que indudablemente concurre en el Banco de España, siquiera sea de modo parcial. El argumento que esgrime el Banco de España en este punto es en exceso formalista y atribuye al legislador una intención diferente de la que se deduce de una interpretación razonable del precepto mencionado. Por tanto, sí que existe a juicio de este Tribunal una mención suficiente en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público a los efectos de incluir al Banco de España en su ámbito subjetivo de aplicación.



En cualquier caso, aun admitiendo que no existiese dicha mención expresa, en realidad la misma no parece necesaria en tanto que el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público regula la contratación de las Administraciones Públicas en cuyo ámbito se ha de incluir al Banco de España como resulta del artículo 3.2 d) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En tercer lugar, hemos de recordar que la jurisprudencia comunitaria ha venido estableciendo un concepto de poder adjudicador basado en una concepción funcional y no formal. Así ocurre desde la Sentencia del Tribunal comunitario dictada en el Caso Gemeente Arnhem-Gemeente Rheden contra BFI Holding BV, de 10 noviembre 1998. Conforme a esta doctrina, son las funciones de la entidad en cuestión las que determinan principalmente su conceptualización como poder adjudicador y, consecuentemente, su sujeción a las directivas comunitarias en materia de contratación. Este es el mismo criterio que contiene la ley española. Y no puede caber duda que las funciones propias del Banco de España, y no sólo como entidad reguladora del sistema bancario, son funciones que presentan un acusado carácter público.

La doctrina comunitaria ha señalado además que incluso en el supuesto de que los servicios prestados con el carácter de funciones públicas sujetas a las Directivas constituyan tan sólo una parte relativamente poco importante de las actividades que realiza la entidad, esta circunstancia carece de relevancia en la medida en que esa entidad atienda a necesidades de interés general. En virtud de reiterada jurisprudencia, en efecto, la condición de organismo de Derecho público (y por extensión la sujeción a la normativa contractual) no depende de la importancia relativa que dentro de total la actividad del organismo de que se trate tenga la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil (Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) en el Caso Adolf Truley GmbH contra Bestattung-Wien GmbH. Sentencia de 27 febrero 2003 que cita a su vez las Sentencias Mannesmann Anlagenbau Austria y la ya citada BFI Holding). Resulta evidente la posibilidad de aplicar esta doctrina al caso que nos atañe toda vez que el principal argumento que desde el punto de vista de la naturaleza del Banco de España rechaza su sujeción al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público tiene un carácter de nuevo eminentemente formal y no es congruente con los pronunciamientos del Tribunal comunitario en esta materia.

Reconociéndose por tanto la sujeción del Banco de España al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, este Tribunal es competente para conocer del presente recurso especial en materia de contratación.

Tercero. El acto señalado formalmente en su escrito por la recurrente, los pliegos rectores del contrato, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y de tiempo, ha negado el Banco de España que los recurrentes hayan presentado su escrito de recurso dentro del plazo legalmente establecido para ello.

El artículo 44.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala lo siguiente:

“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.

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

Los datos sobre fechas de publicación de los anuncios de licitación son los siguientes:

- La publicación en el perfil del contratante tuvo lugar el 13 de julio de 2015.
- El anuncio en el DOUE tuvo lugar el 16 de julio de 2015.

Consta a este Tribunal que el recurso tuvo en su registro con fecha 30 de julio de 2015. Si tenemos en cuenta que el plazo debe empezar a contarse desde el día siguiente a



aquél en que su produjo la puesta a disposición de los potenciales licitadores de los pliegos, es decir, el 14 de julio, el día 30 no habría transcurrido en exceso el plazo establecido por la ley, por lo que el recurso es admisible en este punto.

Quinto. Respecto de la legitimación activa para interponer el recurso especial consta en el expediente que la empresa que ha recurrido los pliegos tiene intención de presentar su oferta a la licitación. Por lo tanto, entendemos que concurre el requisito de legitimación para recurrir.

Sexto. Por lo que hace al fondo del asunto la primera cuestión que plantea la recurrente alude al contenido de la cláusula 13ª del Pliego Abreviado de Prescripciones Técnicas, cláusula que exige incluir en la oferta técnica, en concepto de mejoras adicionales, aquellas *“que puedan representar algún tipo de ventaja económica, social o técnica para el Banco de España o para el personal del mismo.”* La recurrente consultó al órgano de contratación sobre el alcance de estas mejoras y el Banco de España contestó que *“Se dejará abierto a que cada empresa ofrezca las mejoras que estime convenientes, pero sólo se valorarán aquellas que puedan representar algún tipo de ventaja económica, social o técnica para el Banco de España o para el personal del mismo, según se dice en el punto 13.7 del PPT.”* Tal criterio de admisión de mejoras estima la recurrente que es contrario al artículo 147 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que exige que se precise en el caso de las mejoras sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación. Igualmente este criterio sería contrario a la doctrina sentada por este Tribunal y representaría una vulneración del principio de transparencia, igualdad de trato y no discriminación.

En su informe el Banco de España considera que el contenido del pliego es correcto en este punto porque las empresas especialistas en esta materia son las que mejor pueden determinar las posibles mejoras que puedan resultar beneficiosas para la entidad contratante. Añade que, a pesar de ello, se ha tomado la decisión de corregir este defecto en el futuro pliego definitivo que ha de regir la licitación.

Pues bien, este Tribunal entiende que asiste la razón al recurrente por dos razones. En primer lugar no puede admitirse la existencia de un pliego provisional que posteriormente pueda ser modificado según el criterio del órgano de contratación. Esta posibilidad es radicalmente contraria a la conceptualización que unánimemente reconocen la doctrina y la

jurisprudencia sobre los pliegos como leyes del contrato y vinculantes para las partes desde su aprobación y publicación. Una opción y una interpretación como las que abanderara el Banco de España chocaría de manera frontal contra el principio de seguridad jurídica y de confianza legítima de los licitadores, quienes podrían ver alteradas sobrevenidamente las condiciones de la licitación por la libérrima voluntad de la entidad contratante. Por tanto, una posibilidad como la que plantea el Banco de España no puede admitirse conforme al derecho español de contratación pública.

En segundo lugar, determinada la imposibilidad de modificación sobrevenida del pliego, que por tanto ha de permanecer inalterado, parece muy evidente que la indefinición de las mejoras debe dar lugar a la estimación del recurso en este punto. La doctrina de este Tribunal ha sido muy clara sobre esta cuestión. Recordemos, por ejemplo, lo que expone nuestra resolución 16/2012, de 13 de Enero o la resolución 284/2011, de 20 de julio, en las que señalamos que el artículo art. 147 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público prevé la consideración como criterio de adjudicación de las mejoras siempre que el pliego de cláusulas administrativas particulares prevea expresamente tal posibilidad. En tal caso se deberá indicar en el anuncio de licitación del contrato sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación, indicación que también ha de figurar en el pliego de cláusulas administrativas particulares, por así requerirlo el artículo 67 de Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el cual también exige que se especifique en los pliegos los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 150.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, 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, debiendo garantizarse en todo caso el cumplimiento de los principios de publicidad y transparencia de los procedimientos, así como no discriminación e igualdad de trato de los candidatos proclamados en los artículos 1 y 123 de la citada Ley.

En consecuencia, la introducción de mejoras como criterio de adjudicación exige su relación directa con el objeto del contrato, una adecuada motivación, su previa delimitación en los pliegos o en su caso en el anuncio de licitación y ponderación de las mismas. Así ha declarado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea la obligación de

que el pliego de cláusulas detalle los requisitos y condiciones en la prestación de las variantes o mejoras en aras al respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores, en la Sentencia de 16 de octubre de 2003, asunto Traunfellner GMBH, señalando asimismo que en cuanto a la valoración de las ofertas –lo que incluye evidentemente a las mejoras-, puede afirmarse que la previa concreción de las mejoras es un requisito esencial, en su Sentencia de 24 de noviembre de 2008, asunto Alexandroupulis.

En esta misma línea la Junta Consultiva de Contratación de la Administración del Estado, en su informe 59/2009, de 26 de febrero, admite la existencia de mejoras que impliquen la ejecución de prestaciones accesorias para el contratista, sin coste para el órgano de contratación siempre que se establezcan los criterios de valoración que hayan de aplicárseles, debiendo tales mejoras figurar detalladas en el pliego de cláusulas administrativas particulares con expresión de sus requisitos, límites, modalidades y características que permitan identificarlas suficientemente, y guardar relación directa con el objeto del contrato. Este criterio ha sido reiterado por este Tribunal en nuestras resoluciones 69/2012 ó 203/2012.

En el presente caso no se fijan en el pliego los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas las mejoras, elementos exigidos por el artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. En consecuencia, tratar de valorar mejoras sin apoyo en criterios previamente determinados supone una infracción del principio de igualdad, lo cual nos lleva a admitir la pretensión de anulación de la recurrente respecto del criterio de adjudicación aquí examinado.

Séptimo. En el segundo motivo del recurso se alega la ilicitud de la cláusula 8ª del Pliego Abreviado de Prescripciones Técnicas que establece que la empresa adjudicataria especificará el sistema de atención de incidencias, medios, organización y procedimiento para resolver posibles incidencias en aeropuertos, estaciones de tren, etc y que también especificará el sistema de gestión de incidencias a través de medios informáticos. De esta afirmación deduce la recurrente que de forma velada, el órgano de contratación está incluyendo como criterio de adjudicación el hecho de disponer de agencias de viajes en aeropuertos y estaciones de tren, puesto que está diferenciando claramente entre los medios y procedimientos que la adjudicataria prestará ante posibles incidencias en aeropuertos y estaciones de tren, frente a aquel procedimiento a través del cual

gestionará las incidencias a través de medios telemáticos, beneficiando a la única entidad que dispone de estas oficinas a través de una concesión administrativa otorgada por AENA, lo que sería contrario al art. 117.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que expresamente establece que 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, pues se habría creado una injustificada restricción de la concurrencia competitiva en el mercado.

El Banco de España en su informe señala que el vicio que Viajes Barceló atribuye al Pliego de Prescripciones Técnicas es producto únicamente de la interpretación errónea que dicha empresa ha realizado del referido documento contractual, ya que en ningún momento se exige ni se incluye como criterio de adjudicación o valoración que las empresas tengan oficinas en los aeropuertos o estaciones de tren. Lo que pide el Pliego de Prescripciones Técnicas es que se especifique cómo se resolverán las incidencias que se planteen en las referidas localizaciones por cada licitador, lo que cada uno de ellos podrá llevar a cabo de la forma que considere más conveniente, pudiendo disponer de una oficina en las citadas instalaciones o bien desplazando medios personales en los supuestos que resulte necesario o cualquier otra fórmula que considere conveniente para establecer un sistema de atención de incidencias.

El órgano de contratación aboga por la no aplicación al presente supuesto de la doctrina invocada por el recurrente, al tratarse de supuestos cualitativamente diferenciados. En este caso la especificación del sistema de atención de incidencias resultaría necesaria para valorar la adecuada prestación de los servicios objeto de la contratación, siendo proporcionado y ajustado a la finalidad del contrato.

Afirma el Banco de España que lo que será objeto de valoración no es si el licitador dispone de una oficina en el aeropuerto o estación de ferrocarril sino la atención que vaya a prestar para resolver las incidencias que se produzcan, siendo lo relevante para el Banco de España que dicha incidencias sean adecuadamente atendidas y resueltas.

A juicio del Tribunal asiste la opinión al órgano de contratación, tal como se deduce de la atenta lectura de la cláusula cuestionada. En efecto, la Cláusula 8 del Pliego de Prescripciones Técnicas, atinente a la gestión de incidencias, establece lo siguiente:

"La empresa adjudicataria especificará el sistema de atención de incidencias: medios, organización y procedimiento para resolver posibles incidencias en aeropuertos, estaciones de tren, etc.

Igualmente, especificará como gestionará las incidencias a través de medios informáticos o telefónicos."

Es perfectamente razonable realizar una interpretación por virtud de la cual lo único que está exigiendo el órgano de contratación es que se delimite adecuadamente la fórmula de resolución de incidencias en los lugares en que con frecuencia pueden ocurrir estas, pero ello no supone que se deba dar preferencia a quien disponga de oficinas abiertas en alguno de esos lugares. Como bien afirma el Banco de España resulta exagerada la interpretación de la cláusula que se hace por el recurrente, quien con su análisis se anticipa a la posibilidad de que el Banco de España realice una incorrecta valoración de los medios de gestión de incidencias que se ofrezcan. Por esta razón es cierto que no estamos ante el mismo caso que dio lugar a anulaciones por parte de este Tribunal, aunque también lo es que si en el momento de la valoración técnica se incurriese en el error de valoración entonces observado, contradiciendo lo que el propio Banco de España afirma en su informe, cabría plantear el recurso ante este Tribunal para depurar tal incorrecta valoración.

En cualquier caso, esta circunstancia es una mera hipótesis en este momento, que excede, por tanto, del debate que ahora procesalmente se puede plantear y que, en consecuencia, supone que el presente motivo de recurso haya de ser desestimado.

Octavo. En el tercer motivo del recurso se plantea la ilicitud de la cláusula 4ª del Pliego Abreviado de Prescripciones Técnicas que hace referencia al equipo de trabajo. Afirma la recurrente que el órgano de contratación debería determinar cómo va a valorar exactamente la información que cada una de las empresas licitadoras va a facilitar, puesto que en caso contrario, la arbitrariedad del órgano de contratación es absoluta, vulnerándose los principios de transparencia e igualdad de trato entre los candidatos. Señala que las empresas licitadoras deberían conocer, por ejemplo, si dentro de la formación exigida unas titulaciones tendrán mayor valoración que otras, si los cursos realizados tienen una mayor valoración dependiendo de la fecha de realización del mismo, si en cuanto a la titulación académica disponer de más de una titulación se valora

con mayor puntuación o bien única y exclusivamente se valorará la pertinente titulación de turismo, etc.

Por otro lado el recurrente afirma que la mención aproximada de las horas semanales que implica el servicio genera una indefinición sobre qué criterio se utilizará para la valoración de las ofertas de los licitadores, lo que determina que el órgano de contratación caiga en la arbitrariedad a la hora de realizar su valoración.

El órgano de contratación en su informe afirma que la recurrente se confunde al considerar que este es un criterio objetivo cuando claramente está recogido en los pliegos como criterio subjetivo de valoración, solución que es más acertada técnicamente si tenemos en cuenta que la valoración de los equipos humanos con dificultad puede hacerse de manera automática.

Por otro lado el órgano de contratación recuerda que nada exige que los pliegos establezcan un tope o límite máximo en cuanto al nivel de calidad de las prestaciones que puedan ofrecer los licitadores. Y es que ello supondría un excesivo encorsetamiento para los órganos de contratación y redundaría en contra de intereses perseguidos por la entidad adjudicadora, ya que podría darse el caso de establecer una limitación que desincentivara a los licitadores a ofertar servicios de mayor calidad o en este caso concreto una mayor continuidad y calidad del servicio mediante la dedicación de un mayor número de horas a las establecidas como mínimo imprescindible por el Pliego de Prescripciones Técnicas.

En este caso, sería evidente para el órgano de contratación que la valoración de las ofertas premiará a aquellas que oferten un mayor número de horas de atención o una mayor garantía en la continuidad de los servicios ofertados al Banco de España. La referencia a las 105 horas semanales no es sino una mera estimación y ello resulta lógico cuando cada licitador podrá ofertar el número de personas que considere conveniente, lo que, como adelantábamos con anterioridad, deberá ser objeto de valoración conjuntamente con el equipo de trabajo que se oferte por cada licitador. Finalmente aclara que los licitadores tienen perfecto conocimiento de los criterios que se seguirán al valorar el equipo de trabajo ofertado, sin que pueda exigirse la determinación de una puntuación que convierta este criterio subjetivo en un criterio de adjudicación objetivo.

La cláusula 4º del Pliego de Prescripciones Técnicas reza lo siguiente:

“La empresa adjudicataria estará obligada a constituir el servicio con profesionales del sector que cuenten con cualificación técnica precisa y una experiencia en el objeto de esta licitación de al menos cinco años. Esto se acreditará mediante la cumplimentación del Anexo I para cada miembro del equipo.

El equipo estará formado por al menos tres personas y coordinado por un gestor responsable del mismo.

La cobertura del servicio semanal se hará de forma que hay al menos el siguiente personal para cada una de las franjas horarias siguientes:

De 9 a 10 horas: 1 persona

De 10 a 15 horas: 3 personas

De 15 a 18 horas: 1 persona

Se estima que el cómputo total para las tres personas sea de unas 105 horas/semanales.”

Por su parte, la cláusula undécima del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se limita a señalar cuáles son los criterios de adjudicación y sus ponderaciones, sin que se indique, en relación con los que afectan a la oferta técnica, si se trata de criterios de ponderación automática o están sujetos a un juicio de valor.

El artículo 150.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público señala que cuando se tome en consideración más de un criterio, deberá precisarse la ponderación relativa atribuida a cada uno de ellos, que podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud adecuada. [...] Cuando, por razones debidamente justificadas, no sea posible ponderar los criterios elegidos, éstos se enumerarán por orden decreciente de importancia.

En el presente caso el órgano de contratación ha establecido esa banda de puntuaciones en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, pero no ha dicho qué tipo de criterios son, subjetivos o automáticos. Esto sin duda es reprochable, pero en cualquier caso esta circunstancia no permite anular los pliegos toda vez que se cumplen las condiciones del artículo 150 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En este sentido recordemos que aunque es necesario determinar ante qué tipo

de criterio de adjudicación estamos, lo cierto es que la cláusula 13ª del Pliego de Prescripciones Técnicas alude expresamente a las menciones que debe contener la oferta del licitador que, en consecuencia, se constituyen en criterios que el órgano de contratación puede y debe valorar en cuanto al equipo de trabajo. De hecho, en la práctica es imposible, atendiendo al contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y del Pliego de Prescripciones Técnicas que estemos en presencia de un criterio automático, por lo que habrá de ser tratado como si estuviera sujeto a un juicio de valor, de modo que sin duda es posible que la valoración que realice el órgano de contratación sea razonable y se atenga a las cuestiones a las que alude la oferta del licitador por exigencia del pliego.

Por otro lado, no considera este Tribunal que pueda decirse que existe un vicio de ilegalidad en el hecho de que el órgano de contratación estime las horas que previsiblemente se vayan a prestar semanalmente. Esta estimación no constituye una condición de admisibilidad de las ofertas en ningún caso, de modo que el licitador podrá ajustar su oferta a los requisitos mínimos que establece el Pliego de Prescripciones Técnicas o incluso superarlos, en cuyo caso obtendrá una mejor puntuación en este criterio de valoración.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar parcialmente, por los argumentos expuestos, el recurso interpuesto por D. J.C.G.M. en nombre y representación de Viajes Barceló S.L. contra el Pliego Abreviado de Prescripciones Técnicas para la contratación del Servicio de Agencia de Viajes del Banco de España, anulando el Pliego Abreviado de Prescripciones Técnicas que rige el contrato.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida, a tenor de lo dispuesto en el artículo 45 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como consecuencia de la interposición del recurso.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso 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.