



Recurso nº 879/2016 C.A. Illes Balears 44/2016

Resolución nº 905/2016

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

En Madrid, a 4 de noviembre de 2016.

VISTO el recurso formulado por D. P. J. G. B. en nombre y representación de GALBENTOURS, S.A.U. (en adelante GALBENTOURS) contra al acuerdo de 26 de agosto de 2016 adoptado por la Consellería de Transparencia y Cultura por el que se adjudica a la entidad VIAJES HALCON, S.A.U. (en adelante HALCON) el contrato para el *“Servicio de agencia de viajes para gestionar los traslados de los deportistas, clubes deportivos y selecciones autonómicas de las federaciones deportivas de Baleares para facilitarles los desplazamientos entre islas y para asistir a las competiciones oficiales de los diferentes calendarios federativos”*, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano competente de la Consellería de Transparencia y Cultura del Consejo de Gobierno de Illes Balears acordó el 2 de junio de 2016 el inicio del procedimiento de licitación del contrato para el *“Servicio de agencia de viajes para gestionar los traslados de los deportistas, clubes deportivos y selecciones autonómicas de las federaciones deportivas de Baleares para facilitarles los desplazamientos entre islas y para asistir a las competiciones oficiales de los diferentes calendarios federativos”*. El procedimiento se envió para anuncio en el DOUE el 7 de junio y se publicó en el BOE el 16 de junio del mismo año y en el BOIL el 9 de junio.

Segundo. El procedimiento se rige por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Tercero. El 21 de julio se reunió la mesa de contratación para la apertura del sobre nº1 correspondiente a la documentación administrativa, con el resultado que obra en el expediente y se procedió a la apertura de las ofertas que contienen los criterios de valoración automática, al no haber previsto el pliego criterios sujetos a juicio de valor, procediéndose a remitir el mismo a los servicios técnicos del órgano de contratación para que proceda a su valoración. Existiendo ofertas que se encuentran incursas en presunción de temeridad, entre ellas las de GALBENTOURS (ahora recurrente) y las de HALCON (adjudicatario), se procede a requerir a los correspondientes licitadores para que aporten justificación al respecto.

Cuarto. El 5 de agosto ambas empresas cumplen el anterior requerimiento, aportando las alegaciones que tuvo por conveniente en orden a la acreditación de la seriedad y viabilidad de la oferta. A la vista de todo lo actuado, el 11 de agosto de 2016 se procede en acto público a dar lectura al informe de valoración sobre las ofertas incursas en presunción de temeridad, considerando, entre otras cosas, que tanto la ahora recurrente como HALCON habían justificado suficientemente la seriedad de la oferta presentada. A dicho acto asisten representantes de HALCON y GALBENTOURS.

Quinto. El 17 de agosto de 2016 se reúne nuevamente la mesa de contratación para el análisis del citado informe, que aprueban, y en su virtud acuerdan proponer la adjudicación del contrato a HALCON, por ser la oferta económicamente más ventajosa, requiriendo la documentación exigida legalmente. Tras la aportación de la documentación requerida, la propuesta es confirmada por el órgano de contratación, por acuerdo de 26 de agosto de 2016, que es notificado a los licitadores el día 30 de agosto.

Sexto. El 14 de septiembre de 2016 GALBENTOURS, S.A.U. formuló recurso contra dicho acuerdo. Recibido en este Tribunal el expediente completo, acompañado del informe del órgano de contratación.

Séptimo. La Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras el 22 de septiembre, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran

oportuno, formularon las alegaciones que a su derecho conviniesen. HALCON presentó las alegaciones que tuvo por convenientes el 28 de septiembre de 2016.

Octavo. El 29 de septiembre de 2016 la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió mantener la suspensión del expediente de contratación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 TRLCSP.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Competencia del Tribunal

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 TRLCSP.

Segundo. Acto recurrible.

El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 c) TRLCSP, por tratarse del acto de adjudicación y en relación con un procedimiento de contratación de un contrato de servicios de los clasificados en el anexo II y cuantía superior a 209.000 euros, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 b) TRLCSP.

Tercero. Legitimación de recurrente, plazo y forma de presentación.

El recurso está interpuesto en plazo y por persona legitimada para ello, pues fue uno de los licitadores admitidos en el procedimiento y existiendo interés legítimo en el presente procedimiento, ya que la eventual estimación del recurso podría dar lugar a la adjudicación a su favor.

Cuarto. Alegaciones del recurrente y contestación del órgano de contratación y del adjudicatario:

Las alegaciones del recurrente pueden ser resumidas en tres puntos:

a) Falta de motivación del acuerdo de adjudicación, al no haberse explicado los motivos por los que se considera que la oferta de HALCON es económicamente más ventajosa, ni por qué se considera que está suficientemente justificada.

b) Improcedencia de la adjudicación por ser la oferta de HALCON inadmisibile, al no haber cumplido con todos los requisitos exigidos en los pliegos, en particular, la establecida en el apartado F5, dado que la empresa carece de oficina en Formentera, habiendo tenido conocimiento el recurrente de que el contrato presentado para justificar la disponibilidad de la oficina mediante acuerdo de prestación de servicios con la empresa ES FREUS no es válido, dada la existencia de un contrato de exclusividad de esa misma empresa con la entidad IBEROSERVICE.

c) Falta de viabilidad de la oferta presentada, cuya justificación no debió ser admitida, toda vez que los precios ofertados para los trayectos operados por AIR EUROPA han de ser considerados “precios de transferencia” por tratarse de personas vinculadas, lo que vulnera las normas de competencia. Además, en muchas ocasiones tendrán que acudir a otras compañías aéreas, no habiendo justificado que sus costes sean inferiores.

Frente a tales alegaciones el órgano de contratación contesta en el siguiente sentido:

a) En cuanto a la falta de motivación, se hace eco de diversas resoluciones de este Tribunal en el sentido de que la admisión de la justificación de las ofertas que se encuentran en presunción de temeridad no requiere de una motivación exhaustiva.

b) En cuanto al incumplimiento de las condiciones de solvencia, el órgano de contratación considera suficientemente justificada la adscripción de medios efectuada por el licitador, toda vez que se ha aportado por HALCON la documentación que le fue requerida.

c) Finalmente, en cuanto a la justificación de la baja temeraria, se remiten a las justificaciones aportadas por la propia adjudicataria y al informe que se acompaña como anexo al acta de 11 de agosto.

Por otro lado, el adjudicatario abunda en las consideraciones efectuadas por el órgano de contratación.

Quinto. Cumplimiento del requisito de solvencia consistente en contar con oficina en Formentera.

Según señala el ahora recurrente, HALCON habría incumplido el pliego por no contar con oficina en la isla de Formentera, requisito de solvencia exigido en el apartado F5 de la del PCAP. El recurrente basa su alegación en la supuesta existencia de un contrato de exclusividad de la entidad ES FREUS con un tercero, IBEROSERVICE, contrato de exclusividad que, a su juicio, determina la invalidez del acuerdo suscrito por HALCON con ES FREUS y que fue aportado como prueba de la disponibilidad de dicha oficina.

Pues bien, en primer lugar, debe señalarse que no se ha aportado la más mínima prueba sobre tal extremo. La única prueba que se aporta es un correo electrónico en el que quien presumiblemente es una empleada de VIAJES ES FREUS rechaza una oferta de acuerdo remitida por GALBENTOURS donde señala que ya tienen firmados “otros contratos”, sin que ni tan siquiera conste cuál era el contenido de esa oferta de acuerdo y si se refería a la oficina de Formentera. Tal motivo sería suficiente para el rechazo de esta alegación.

Pero es que además debe recordarse que este Tribunal ha señalado que en el trámite del artículo 151.2 del TRLCSP el órgano de contratación no tiene margen ya para efectuar juicios técnicos o de valor sobre la documentación presentada por el licitador, debiendo limitarse a comprobar si dicha documentación es correcta o no, pues en otro caso, al ser conocido ya el resultado del procedimiento de licitación, podría cuestionarse su imparcialidad. Así se señaló en resolución nº 796/2015:

“A la vista de lo anterior, cabe concluir que el pliego no exigía en ningún caso que se aportara junto con el contrato los documentos que acrediten la capacidad jurídica de quien firmaba el contrato, por lo que en ningún caso podía exigirse dicha documentación ni dejar sin computar alguno de los puntos de venta por no aportarse, sin perjuicio de las posibles penalidades a imponer en caso de que finalmente los puntos de venta no se encuentren disponibles por no ser válidos los contratos aportados.

Tampoco puede el órgano de contratación realizar una calificación jurídica sobre las prestaciones de servicios asociadas a tales contratos, pues tal calificación, por más razonable y acertada que pudiera ser, constituye igualmente un juicio de carácter técnico que no cabe

realizar en esta fase del procedimiento. No obstante, sí ha de atenderse la última de las razones alegadas por el órgano de contratación en su informe: si de la documentación aportada no era posible identificar correctamente el punto de venta, entonces ese punto no puede ser valorado, por incumplir los requisitos del pliego.”

No resulta procedente, por ello, que el órgano de contratación, como pretende el recurrente, realice una calificación jurídica sobre la validez o eficacia de los acuerdos presentados, más aún cuando el cuestionamiento de esa validez se basa en meras afirmaciones de parte, carentes de cualquier prueba.

Sexto. Doctrina de este Tribunal en relación con las ofertas incursas en presunción de temeridad.

El artículo 152.3 TRLCSP establece un procedimiento de carácter contradictorio para resolver las situaciones en que las ofertas de los licitadores pueden encontrarse en presunción de temeridad, conforme a los criterios establecidos en el propio artículo 152.1 TRLCSP o en el pliego.

La doctrina de este Tribunal sobre el alcance y objeto de ese resultado es constante y unánime en el sentido de señalar que el hecho de que una oferta se encuentre en presunción de anormalidad constituye un mero indicio, que en ningún caso puede dar lugar a la exclusión automática de la oferta, sino que necesariamente y en todo caso, debe el órgano de contratación iniciar un procedimiento contradictorio, dando audiencia al licitador cuya oferta esté incurso en dicha presunción, para que pueda justificar la viabilidad y seriedad de la misma y solo si a la vista de dicha justificación, se llega a la conclusión de que la oferta es inviable, cabe la exclusión del mismo (Acuerdo TACP Aragón nº 42/2012).

En cuanto al contenido y alcance de ese procedimiento contradictorio, también se ha dicho por este Tribunal, que debe estar dirigido exclusivamente a despejar las posibles dudas que pudiera haber al respecto, sin que sea necesario que por parte del licitador se proceda al desglose de la oferta económica, ni a una acreditación exhaustiva de los distintos componentes de la misma, sino que basta con que ofrezca al órgano de contratación argumentos que permitan explicar la viabilidad y seriedad de la oferta. A la vista de dicha

documentación, el rechazo de la oferta exige de una resolución “reforzada” que desmonte las justificaciones del licitador. Por el contrario, cuando de lo que se trata es de admitir la justificación presentada por el licitador, no es necesario que se contenga una motivación exhaustiva (resolución nº 637/2015).

Es también doctrina de este Tribunal, que la exhaustividad de la justificación aportada por el licitador habrá de ser tanto mayor cuanto mayor sea la baja en que haya incurrido la oferta, por relación con el resto de ofertas presentadas. Y del mismo modo, a menor porcentaje de baja, menor grado de exhaustividad en la justificación que se ofrezca (Resolución nº 559/2014 y 662/2014).

En el presente caso, debemos partir del hecho no discutido de que tanto la oferta del recurrente como la del adjudicatario estaban incursas en presunción de temeridad. Además, ambas empresas presentaron la oportuna justificación ambas fueron admitidas por la mesa de contratación, a la vista de los informes técnicos emitidos.

Partiendo de lo anterior, ha de iniciarse el análisis de las distintas alegaciones formuladas.

Séptimo. Exigencia de motivación del acuerdo de adjudicación en los casos de ofertas incursas en presunción de anormalidad.

El artículo 151.4 TRLCSP establece:

“4. La adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante.

La notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 40, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación.

En particular expresará los siguientes extremos:

- a) En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.*
- b) Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.*

c) En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas”.

En definitiva, el acuerdo de adjudicación debe contener elementos de juicio suficientes para que el resto de licitadores puedan discutir dicho acuerdo en el oportuno procedimiento de revisión.

En el presente caso, tratándose de una licitación en el que el único criterio de adjudicación era el precio, la única motivación que puede exigirse del acuerdo de adjudicación es precisamente la que contenía el acuerdo: el orden decreciente de las ofertas económicas presentadas, de la que se deduce que la oferta presentada por el adjudicatario es precisamente la más baja de las ofrecidas.

Por otro lado, estando varias ofertas incursas en presunción de temeridad, el órgano de contratación tuvo en cuenta además la justificación aportada por las empresas, considerando que la misma era suficiente. Tal forma de actuar se considera adecuada a Derecho, pues la admisión de la justificación de la oferta incursa en temeridad, como antes se ha dicho, no exige de una resolución reforzada, siendo válida la que se remite a la justificación dada por las propias empresas y el informe que obra como anexo al acta en que se aprobó el mismo y que obra en el expediente.

A mayor abundamiento, no puede ignorarse que en este caso el ahora recurrente tuvo ocasión de conocer de forma pormenorizada los motivos de la admisión de cada una de las ofertas, toda vez que, según consta en el acta de 11 de agosto de 2016, se dio lectura pública al informe emitido por los servicios técnicos correspondientes, en un acto al que asistió un representante de GALBANTOUR, con lo que difícilmente puede considerarse que se haya producido indefensión.

Octavo. Justificación de la presunción de temeridad:

Tal y como ya se ha señalado en los puntos anteriores, este Tribunal ha mantenido una sólida doctrina en relación con el objeto y alcance del procedimiento contradictorio contenido en el artículo 152 TRLCSP. Como se ha dicho, no se trata tanto de acreditar exhaustivamente la viabilidad de la oferta, como de ofrecer motivos y razones por los que el licitador se encuentra en condiciones de efectuar una oferta más ventajosa que los demás.

En el presente caso, el órgano de contratación se mostró satisfecho con las explicaciones ofrecidas tanto por quien finalmente resultó adjudicatario como por la propia recurrente, que había hecho una oferta muy parecida a la de aquél.

En esas condiciones resulta cuando menos sorprendente que el recurrente considere inviable la oferta de su competidor, pero no la suya propia, teniendo en cuenta que el informe de los servicios técnicos donde se justifica la viabilidad de ambos es el mismo y se basa en criterios similares.

Por lo demás, la cuestión relativa a la posible vulneración de la “legislación sobre precios de transferencia” resulta totalmente improcedente, pues tal normativa, relativa a los precios pactados entre personas vinculadas, únicamente tiene relevancia a efectos fiscales, pero no en relación con los procedimientos de contratación del sector público, por lo que resulta igualmente improcedente su invocación.

Noveno. Existencia de temeridad o mala fe en la formulación del recurso.

Finalmente, a juicio de este Tribunal, resulta procedente la imposición de multa de conformidad con lo previsto en el artículo 47.5 TRLCSP:

“En caso de que el órgano competente aprecie temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares, podrá acordar la imposición de una multa al responsable de la misma. El importe de ésta será de entre 1.000 y 15.000 euros determinándose su cuantía en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores. Las cuantías indicadas en este apartado serán actualizadas cada dos años mediante Orden Ministerial”.

En este caso, según se ha analizado anteriormente, el recurso está sustentado en afirmaciones carentes de todo sustento, tanto por lo que se refiere a la supuesta falta de motivación del acuerdo de adjudicación, cuando dicho acuerdo se remite expresamente a un informe del que el recurrente tuvo pleno conocimiento, pues uno de sus representantes estuvo presente en el momento de darse pública lectura al mismo, como por lo que se refiere al resto de alegaciones, respecto de las cuales no se aporta prueba alguna, sustentando su recurso en meras hipótesis.

En todo caso, no habiéndose acreditado que se hayan producido otros perjuicios que los derivados de la propia existencia de este procedimiento, la multa ha de imponerse en su grado mínimo.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso formulado por D. P. J. G. B. en nombre y representación de GALBENTOURS, S.A.U. (en adelante GALBENTOURS) contra al acuerdo de 26 de agosto de 2016 adoptado por la Consellería de Transparencia y Cultura por el que se adjudica a la entidad VIAJES HALCON, S.A.U. (en adelante HALCON) el contrato para el *“Servicio de agencia de viajes para gestionar los traslados de los deportistas, clubes deportivos y selecciones autonómicas de las federaciones deportivas de Baleares para facilitarles los desplazamientos entre islas y para asistir a las competiciones oficiales de los diferentes calendarios federativos”*.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento producida de conformidad con el artículo 45 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP en cuantía de 1.000 euros.

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 Illes Balears, 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.