



Recurso nº 278/2017

Resolución nº 410/2017

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

En Madrid, 5 de mayo de 2017

VISTO el recurso interpuesto por D. J. C. G. M., en representación de VIAJES BARCELO, S.L contra el anuncio, los Pliegos y Anexos a los mismos de la licitación de los servicios de la gestión de viajes de la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP, en adelante), publicados el 7 de marzo de 2017 en la Plataforma de Contratación del Sector Público, este Tribunal ha adoptado la siguiente resolución

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha que no consta se aprobaron los Pliegos de Condiciones Particulares y de Prescripciones Técnicas que han de regir el contrato de servicios de gestión de viajes, sin carácter de exclusividad, del personal en plantilla, vinculado o colaborador de FIIAPP.

Segundo. El 7 de marzo de 2017 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación del contrato, clasificado en la categoría 63000000 - Servicios de transporte complementarios y auxiliares; servicios de agencias de viajes y 63510000 - Servicios de agencias de viajes y servicios similares. El anuncio fue también publicado en la página web de la fundación.

Tercero. El 27 de marzo de 2017 se presentó ante este Tribunal escrito de interposición de recurso especial en materia de contratación por parte de VIAJES BARCELO, SL.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto al resto de licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles presentaran las alegaciones que estimaran oportunas, sin que se haya evacuado el trámite conferido.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna por parte de VIAJES BARCELO, S.L el anuncio, los Pliegos y Anexos a los mismos de la licitación de los servicios de la gestión de viajes de la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas (FIIAPP, en adelante).

Segundo. Se han cumplido las prescripciones formales en la interposición del recurso.

Tercero. La legitimación activa de la parte recurrente viene otorgada por el artículo 42 del TRLCSP (Real Decreto Legislativo 3/2011, 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público), al tener capacidad jurídica para participar en el procedimiento de licitación e interés en la misma.

Cuarto. El acto impugnado es susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con el artículo 40 del TRLCSP, en los términos que se analiza su eventual consideración como contrato sujeto a regulación armonizada en los fundamentos séptimo y octavo de esta resolución y que la falta de concreción del precio del contrato es imputable al órgano de contratación, circunstancia que no puede redundar en perjuicio de los eventuales licitadores pues generaría una indeseable indefensión.

Quinto. El recurso se ha presentado dentro del plazo previsto en el artículo 44 del TRLCSP, de quince días hábiles desde la publicación de la resolución de adjudicación. En efecto, según el artículo 44.2 a) del TRLCSP *«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 [los pliegos] hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores a candidatos para su conocimiento»*.

Sexto. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.5 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Séptimo. Las cuestiones a decidir en el presente recurso se centran en valorar si el procedimiento de contratación señalado en el contrato es el procedente legalmente o, por el contrario, debe seguirse el procedimiento abierto. El órgano de contratación, al calificar en su informe el contrato de cómo de *“servicios de transporte, complementarios y auxiliares del mismo”*, entiende que se encuadra en la Categoría 20 del Anexo II del



TRLCSP y, por tanto, excluido de la condición de contrato sujeto a regulación armonizada. La coma tipográfica señalada en el informe no es irrelevante, pues los servicios de la Categoría 20 del Anexo II son los complementarios y auxiliares al transporte; los servicios de transporte están comprendidos en las Categorías 2 a 4 del propio Anexo II, por lo que, atendiendo a su objeto, quedarían comprendidos en la condición de contrato sujeto a regulación armonizada, pendiente de analizar si, además, concurre la condición cuantitativa relativa al precio del contrato. En este sentido, el anuncio de licitación clasifica el contrato como “servicios de transporte complementarios y auxiliares” y como contrato de agencia de viajes. Por ello, se comprenden en las Categorías 20 y 27 del Anexo II, de tal suerte que, por razón del objeto, quedarían excluidos del presente recurso, al no estar sujetos a regulación armonizada, por no estar incluido su objeto en las Categorías 1 a 16 del Anexo II TRLCSP.

Atendiendo a la definición del objeto del contrato que realiza la Cláusula 4 PCAP «servicios de gestión de viajes» y la descripción del servicio en la Cláusula 5 como *«1.- gestiones de reserva, emisión, modificación, anulación en su caso y entrega de los títulos de viajes que resulten necesarios con motivo de los desplazamientos y estancias que por razones de servicio realice el personal adscrito a FIIAPP y, en general, las personas que realicen viajes nacionales o internacionales con cargo a FIIAPP, cuando dichos servicios sean solicitados por FIIAPP; 2.- efectuará las reservas de alojamiento o alquiler de vehículos, tanto nacionales como internacionales, que resulten necesarias para los fines descritos y que los comisionados consideren conveniente encomendar al adjudicatario; 3.- organización de los eventos que le encomiende FIIAPP, así como la realización de cualquier servicio de naturaleza análoga que tenga relación con la gestión de viajes, conforme con el objeto social de la agencia de viajes y que la Fundación solicite»*, se considera que el contrato, según la redacción del Real Decreto Legislativo 3/2011, se clasifica en la Categoría 27 del Anexo II.

No obstante, debe tenerse en cuenta que el 18 de abril de 2016 venció el plazo de transposición de las Directivas 2014/23, 24 y 25/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre adjudicación de contratos de concesión; sobre contratación pública; y sobre contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales. En el presente supuesto,



interesa la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Así, el Artículo 2.9 define los contratos de servicios como *«los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de aquellos a los que se refiere el punto 6 (contratos públicos de obras)»*, a diferencia del Artículo 1 d) Directiva 2004/18, que los definía como *«los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II»*, siendo esta referencia transcrita literalmente en el Anexo II TRLCSP. Pues bien, tras la Directiva 2014/24, se consideran contratos sujetos a regulación armonizada todos los contratos cuyo objeto sea la prestación de servicios distintos de los definidos como contratos públicos de obras. Delimita su ámbito de aplicación el Artículo 4, al precisar los umbrales del siguiente modo: *«a) 5.186.000 EUR, en los contratos públicos de obras; b) 134.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales y los concursos de proyectos organizados por estos; por lo que se refiere a los contratos públicos de suministro adjudicados por poderes adjudicadores que operen en el sector de la defensa, ese umbral solo se aplicará a los contratos relativos a los productos contemplados en el anexo III; c) 207.000 EUR, en los contratos públicos de suministro y de servicios adjudicados por poderes adjudicadores subcentrales y los concursos de proyectos organizados por los mismos; este umbral se aplicará también a los contratos públicos de suministro adjudicados por autoridades, órganos y organismos estatales que operen en el sector de la defensa, cuando estos contratos tengan por objeto productos no contemplados en el anexo III; d) 750.000 EUR, en los contratos públicos de servicios para servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo XIV»*.

Pues bien, la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 15 de marzo de 2016, recopilando la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el efecto directo vertical (en las relaciones Estado-administrado) de las directivas comunitarias cuando ha transcurrido el plazo de transposición, y sus requisitos, señala en su punto 2 que *«la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha venido reconociendo efecto directo a las disposiciones de las directivas comunitarias una vez expirado el plazo de transposición de las mismas sin que ésta se haya llevado a cabo, pudiendo ser invocadas por los particulares ante la jurisdicción nacional, siempre*



que se cumplan una serie de requisitos que se establecen en la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia (entre otras, en las Sentencias Van Duyn, de 4 de diciembre de 1974; Ratti, de 5 de abril de 1979; Ursula Becker, de 19 de enero de 1982; y Pfeiffer y otros, de 5 de octubre de 2004). Dichos requisitos son los siguientes:

- *Que la disposición sea lo suficientemente clara y precisa.*
- *Que la disposición establezca una obligación que no esté sujeta a ninguna excepción ni condición. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado en diversas ocasiones (entre otras, en la Sentencia Kaefer y Procacci, de 12 de diciembre de 1990) que una disposición es incondicional cuando no otorga a los Estados Miembros ningún margen de apreciación».*

Siguiendo la doctrina del TJUE, en el presente supuesto ha transcurrido sobradamente el plazo de transposición (se cumplió hace escasamente poco un año del vencimiento del mismo) y el artículo 2.9 es suficientemente preciso en cuanto a la definición de contrato público de servicios incluido en su ámbito de aplicación. Por ello, siendo la Directiva comunitaria una norma que está prevista para la armonización de las distintas legislaciones nacionales, desde el 18 de abril de 2016, a falta de modificación del TRLCSP, deben considerarse como contratos públicos de servicios sujetos a regulación armonizada todos aquellos que tengan por objeto la prestación de cualesquiera servicios que sean distintos a los que constituyen el objeto del contrato público de obras, siempre que excedan de las cuantías señaladas en el artículo 5, en concreto 207.000 € (frente a los 209.000 € que señala el artículo 13 del TRLCSP). Por otro lado, la FIIAPP es un poder adjudicador que no tiene la condición de Administración Pública, motivo por el cual la preparación y adjudicación de sus contratos se rige por las instrucciones aprobadas con arreglo a los artículos 189 y ss del TRLCSP. Por ello, debe atribuirse a la misma naturaleza estatal, a los efectos de considerar vertical la eficacia directa de las directivas no transpuestas.

Octavo. Debe examinarse la indeterminación del precio en los Pliegos, y las consecuencias que hayan de extraerse de ello. Entiende el órgano de contratación que no puede determinar el precio del contrato, ya que no conoce de antemano cuáles serán



sus necesidades a satisfacer, es decir, los viajes cuya gestión habrá de reclamar al adjudicatario. Sin embargo, aporta una importante concreción del desarrollo del objeto de este contrato en los dos periodos inmediatamente anteriores al que se refiere, en la Cláusula 6 PCAP. Además, no solo señala el volumen de facturación, sino que precisa el número de operaciones por tipo de servicio y facturación por programas. Ciertamente, toda esta información enerva cualquier alegación que suscite la falta de transparencia del órgano de contratación. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la Cláusula 11 del PCAP, relativa a la *“forma y contenido de las propuestas”*, al referirse al sobre 3, que debe contener la oferta económica, precisa como uno de los elementos que deben consignar los licitadores, el canon de servicio que concreta a continuación en los siguientes términos: *«que las agencias licitantes propongan un precio para cada tipo de transacción que realice durante la prestación habitual de sus servicios»*. En definitiva, los licitadores deben poner un precio a cada transacción (reserva de vuelo, reserva de hotel, etc.). Estos datos, si quiera por extrapolación, pueden ser determinados por el órgano de contratación, por ejemplo determinando un precio máximo que esté dispuesto a pagar en concepto de gestión por cada transacción, dentro del cual hayan de presentarse las ofertas; y el número de transacciones anuales, aproximadamente, las conoce, sin que puedan apreciarse diferencias significativas en uno y otro de los ejercicios que consigna en el Pliego.

A este respecto, el artículo 5.1 de la Directiva 2014/24 señala que *«el cálculo del valor estimado de una contratación se basará en el importe total a pagar, IVA excluido, estimado por el poder adjudicador, incluido cualquier tipo de opción y las eventuales prórrogas de los contratos que figuren explícitamente en los pliegos de la contratación»*. El artículo 5.14 precisa que *«respecto de los contratos públicos de servicios en los que no se indique un precio total, la base de cálculo del valor estimado del contrato será la siguiente: a) en el caso de los contratos de duración determinada, cuando esta sea igual o inferior a 48 meses: el valor total correspondiente a toda su duración»*. Atendido que la Cláusula 7 PCAP fija una duración de dos años, prorrogables por anualidades, tomando en consideración todos los elementos de que dispone el órgano de contratación, puede determinarse el precio del contrato, de tal suerte que pueda valorarse si excede o no del umbral de 207.000 € que se fija para la consideración de contrato comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24 y, por tanto, sujeto a regulación armonizada.



No obstante, tomando en consideración los volúmenes de facturación a que se refiere el PCAP, referidos a los años 2014 y 2015, parece prudente considerar que el valor estimado del contrato excederá considerablemente el umbral previsto de 207.000 €, por lo que resultarán de aplicación las reglas previstas en el TRLCSP y no las Instrucciones a que se refiere el informe remitido por el órgano de contratación. En consecuencia, no puede acudirse al procedimiento negociado, al no concurrir los presupuestos a que se refieren los artículos 170 y 174 TRLCSP –cuanto menos no se justifican por el órgano de contratación que se ampara exclusivamente en sus instrucciones internas para contratos de cuantía superior a 100.000 €–, de tal suerte que procede la anulación del procedimiento de contratación, sin perjuicio que el órgano de contratación pueda convocar nueva licitación, en cuyos Pliegos concrete la cuantía objeto del contrato y, de ser ésta superior a 207.000 €, aplicar las reglas previstas para la contratación sujeta a regulación armonizada, que son las previstas para la contratación por poderes adjudicadores que tienen la condición de Administración Pública, sin que pueda recurrirse al procedimiento negociado fuera de los supuestos previstos en los artículos 170 y 174 del TRLCSP.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. J. C. G. M., en representación de VIAJES BARCELO, S.L contra el anuncio, los Pliegos y Anexos a los mismos de la licitación de los servicios de la gestión de viajes de la Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas, anulando íntegramente el procedimiento de licitación.

Segundo. 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 multa prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en 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 al de 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.