



Recurso nº 566/2017

Resolución nº 687/2017

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

En Madrid, a 27 de julio de 2017.

VISTO el recurso interpuesto por D. C. A. B., en representación de VIAJES HALCÓN, S.A.U., contra anuncios y Pliego de Condiciones Generales del contrato de *“Servicio de agencia de viajes para la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo”* (Expte. 2017/3120009357/171), el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Por medio de anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 21 de mayo de 2017 y en el DOUE (TED) el 23 de mayo de 2017, la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo licitó el contrato de servicio de agencia de viajes, con un valor estimado de 240.000 euros y duración de dos años, por el procedimiento abierto y tramitación ordinaria. Previamente, había sido aprobado el Pliego de Condiciones Administrativas.

Segundo. Disconforme con su contenido, así como de los anuncios, formula HALCON VIAJES, S.A.U. recurso especial en materia de contratación en el que expone, en síntesis, los siguientes motivos: a) los anuncios de licitación, tanto en la Plataforma de Contratación del Sector Público como en el DOUE, no hacen mención a las mejoras como exige el artículo 147.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, toda vez que sí existen en el pliego y, por tanto, los anuncios son anulables debiendo retrotraerse lo actuado; b) la cláusula décima del pliego recoge una mejora en la cobertura de riesgo. Sin embargo, no se especifican los requisitos, límites, modalidades ni características a que obliga el artículo 67.2 j) del Real Decreto 1098/2001. Esto significa que la mejora impugnada no cumple con los mínimos requisitos para su admisión, ya que: -No se detallan con precisión los requisitos mínimos ni modalidades de presentación de la mejora; -no queda justificado en el Pliego en



qué mejora la prestación del servicio, por qué lo mejora y con arreglo a qué criterios se valoran tales circunstancias. La mejora impugnada se limita a establecer la posibilidad de ofertar mejoras en la cobertura de riesgos, lo que provoca que el órgano de contratación tenga un amplio margen de discrecionalidad para asignar la puntuación establecida en relación a este criterio; -No es posible determinar con suficiente precisión cuáles van a ser los aspectos objeto de valoración; c) en la cláusula décima y anexo 3, el criterio evaluable de forma automática denominado “descuento de servicios” puntúa el descuento sobre tarifas de billetes de tren y avión, toda vez que el descuento no puede producirse en el mismo, sino solo en la comisión de gestión, pero no en la tarifa fijada por el proveedor. Admitir esta rebaja supone infracción de diversas normas como la Ley 12/1992 del Contrato de Agencia, Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, sobre obligaciones de facturación. Al incluir y puntuar estas rebajas, o bien se está favoraciendo al licitador que incumple la ley o bien se está impidiendo la obtención de la máxima puntuación, pues de los cuatro ítems del criterio (avión, tren, hoteles y alquiler de vehículos), solo se podrán ofertar rebajas respecto de dos de ellas.

Tercero. El órgano de contratación ha emitido el oportuno informe en el que indica: a) que en relación a los anuncios se han seguido los modelos oficiales: ni el formulario para la publicación de anuncios en la Plataforma de Contratación del Sector Público, ni tampoco el correspondiente a los anuncios en el Diario Oficial de la Unión Europea tiene un campo o una pestaña destinada a recoger la información relativa a la posibilidad de que los licitadores ofrezcan mejoras. Además, en ambos anuncios se recogen los enlaces necesarios para que las empresas licitadoras puedan acceder a los Pliegos que rigen la contratación, en los cuales están recogidos los criterios de valoración que servirán de base para la adjudicación del contrato desglosados pormenorizadamente y con indicación expresa de cómo se va a proceder a la valoración de cada uno de ellos (...); b) la mejora impugnada es un criterio de adjudicación evaluable de forma no automática, *Es, por lo tanto, un criterio que no se va a evaluar a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas, sino que la intención de la Fundación es que los criterios no estén establecidos a priori, dejando libertad al licitador para determinarlos en su oferta. En todo caso, en el apartado 6 del Pliego de Especificaciones Técnicas se establecen las condiciones mínimas que debe recoger la oferta en cuanto a la cobertura de riesgos, estableciendo en los criterios de adjudicación la posibilidad de que las empresas licitadoras oferten mayores coberturas, relacionadas con el objeto del contrato, que*



mejoren la calidad del servicio; c) En relación al criterio automático descuento en servicios, expone: 1. El recurrente es el actual prestador del servicio y el pliego contiene una cláusula sustancialmente igual y ofertó para obtener aquella adjudicación un descuento sobre billetes de avión y tren, lo que convirtió su oferta en la más ventajosa. 2. La normativa citada como infringida en el recurso no tiene relación con el pliego.

Cuarto. Por resolución de la Secretaria del Tribunal de 3 de julio, actuando por delegación del mismo, se acordó la concesión de la medida provisional consistente en la suspensión del procedimiento de contratación.

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 Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Segundo. HALCÓN VIAJES, S.A.U. es una agencia de viajes y por tanto es un posible licitador que debe entenderse legitimado para la impugnación de los pliegos.

Tercero. Se recurren los pliegos de un contrato de servicios de los comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II del TRLCSP, cuyo valor estimado es superior a 209.000 €, por lo que es susceptible de fiscalización por este Tribunal al amparo del artículo 40.1 b) y 40.2 a) del TRLCSP.

Cuarto. El recurso ha sido formulado en el plazo de 15 días previsto en el artículo 44.2 del TRLCSP.

Quinto. La primera cuestión que hay que indicar es si se ha infringido el artículo 147.2 del TRLCSP al no haberse incluido la indicación, al menos, de la posibilidad de proponer mejoras en los anuncios de licitación. El citado artículo dispone:

“Artículo 147. Admisibilidad de variantes o mejoras.



1. *Cuando en la adjudicación hayan de tenerse en cuenta criterios distintos del precio, el órgano de contratación podrá tomar en consideración las variantes o mejoras que ofrezcan expresamente tal posibilidad.*
2. *La posibilidad de que los licitadores ofrezcan variantes o mejoras se indicará en el anuncio de licitación del contrato precisando sobre qué elementos y en qué condiciones queda autorizada su presentación.*
3. *En los procedimientos de adjudicación de contratos de suministro o de servicios, los órganos de contratación que hayan autorizado la presentación de variantes o mejoras no podrán rechazar una de ellas por el único motivo de que, de ser elegida, daría lugar a un contrato de servicios en vez de a un contrato de suministro o a un contrato de suministro en vez de a un contrato de servicios.”*

La expresión literal del precepto nos muestra que no se trata de conceptos diferentes “variante” o “mejora”, que son sinónimos y que ambas quedan sometidas a un mismo régimen jurídico. Debe comenzarse por indicar que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, solo hace referencia en su artículo 45 a “variantes”, no a “mejoras”.

El Tribunal ha abordado la diferencia entre ambos conceptos (Resolución 679/2017, de 27 de julio): *“Del examen de esta alegación de la recurrente resulta de forma palmaria que las recurrentes identifican los criterios o subcriterios alusivos a “mejoras” a que alude el PCAP en las cláusulas A3, B3 y B7, que, a su vez, se concreta en la inclusión en la proposición única que establece el mismo, que no admite la presentación de proposiciones variantes o alternativas, con la figura cuya regulación evolutiva hemos expuesto más arriba, que se denomina “Variantes” en las Directivas comunitarias, y en nuestro Derecho, si bien en este se utilizó en un principio también el término “Alternativas” como sinónimo de aquél y, luego, en la LCSP, el de “Mejoras”, también como sinónimo de “Variantes”, términos estos dos últimos que dejan de emplearse en el nuevo proyecto de ley de Contratos del Sector Público, en tramitación actualmente en el Congreso de los Diputados, para referirse solo a la presentación de ofertas “Variantes”.*



Pues bien, de dicha regulación resulta que las **variantes**, o mejoras, como sinónimo de aquéllas, son simplemente, bien una oferta que varía la prestación completamente definida en los pliegos, bien ofertas adicionales a la básica exigida para ofertar a la prestación objeto del contrato, que son excepción a la norma sobre unicidad de ofertas, e implican pluralidad de ofertas que modifican la prestación objeto del contrato tal y como se define en los Pliegos del contrato, que por ello mismo solo son admisibles si las autorizan los Pliegos y en el PCAP se concretan “requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas”, que determina el artículo 67 del RGLCAP, más arriba citado.

En nuestro caso concreto, no hay cláusula alguna en la documentación preparatoria del contrato a licitar, ni, por ello, en sus Pliegos, que autorice la presentación de más de una oferta por licitador, es decir, además de la oferta básica, otras como Variantes de esta, o bien una sola oferta variante, sea empleando ese término, sea empleando los sinónimos Alternativas o Mejoras, en el sentido de ofertas que varían la definida en los pliegos y/o la básica, que alteren la prestación objeto del contrato tal y como se define en el PPT y en el PCAP. Por tanto, puesto que no se autoriza la presentación de Variantes, **es improcedente que se exija que se concreten los requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que no son admitidas**. Por el mismo motivo, puesto que no son admitidas, si hubieran sido presentados por algún licitador, debería procederse a rechazar todas las ofertas por él presentadas, la básica y las variantes (TRLCSF, **Artículo 145. Propositiones de los interesados:...** “3. Cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147 sobre admisibilidad de variantes o mejoras y en el artículo 148 sobre presentación de nuevos precios o valores en el seno de una subasta electrónica. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. **La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas**”).

Toda la doctrina administrativa que cita la parte recurrente, sea del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC) o de las Comunidades Autónomas, se refieren a la figura citada de Variantes, o sus sinónimos empleados por distintas normas legales (TRLCAP y TRLCSF), Alternativas o Mejoras, como supuestos de pluralidad de ofertas, y que han de ser autorizadas para que puedan ser presentadas sin incurrir en la prohibición legal antes citada y en la consecuencia legal de su infracción, que es el rechazo de todas las



ofertas presentadas por el infractor. Y, además, se refieren al caso de que de ser autorizadas, han de regularse en los el PCAP las circunstancias antes citadas, a saber: requisitos, límites, modalidades y aspectos del contrato sobre los que son admitidas, así como a la regulación que de estas circunstancias efectúan los pliegos del contrato a los efectos del correcto cumplimiento de los principios de igualdad, objetividad y transparencia.

Por tanto, no admitiéndose en los Pliegos del contrato la presentación de más de una oferta, ni que esta varíe la prestación licitada definida en los pliegos, es decir, la presentación de variantes, o sus sinónimos, alternativas o mejoras, nada había que regular sobre ellas, por lo que en nada es aplicable al caso las citadas doctrinas administrativas invocadas por la recurrente, ni, por ello, concurren los vicios que imputa a las cláusulas recurridas en este motivo o alegación que examinamos”.

La cláusula en cuestión, a los efectos de su calificación en relación al artículo 147 del TRLCSP establece: “-Mejora en la cobertura de riesgos: Se valorará hasta con 5 puntos la oferta que incluya cobertura de riesgos no contemplados en el Pliego de Especificaciones Técnicas que redunden en una mejor calidad del servicio”.

La cláusula citada no autoriza variantes o mejoras, ni el supuesto que prevé implica ni una ni otra, pues no autoriza variaciones de la prestación licitada, sea en la única oferta a presentar, sea mediante la presentación de una o varias ofertas adicionales variantes, ya que los pliegos no autorizan la presentación de proposiciones variantes o mejora. Las mejoras que autorizan son, o bien la oferta de una mayor cobertura de riesgos mínimos a cubrir según el PPT, que no alteran sino que completan la determinación de la prestación licitada determinada en forma de mínimos, o bien son meras prestaciones adicionales que complementan o son accesorias a la definida y exigida en el PPT, sin que en ningún caso se autorice a variar la prestación licitada definida de forma completa en los pliegos en la proposición única a presentar o autorizando la presentación de una o más proposiciones variantes a la básica a presentar. Es decir, no son variantes o su equivalente, mejoras.

Estamos, por tanto, ante lo que es un criterio de adjudicación o de valoración de las ofertas, que se identifica con el términos “mejoras”, no porque sea impropio, ya que tradicionalmente se usa en estos sentidos por los órganos de contratación, sino porque el TRLCSP ha equiparado indebidamente el término mejoras con el concepto “variantes”, que es el único que



emplean las Directivas comunitarias sobre contratación pública, puesto que el seguro se exige en el pliego, se concretan con bastante detalle las coberturas de riesgo en el pliego técnico y se valoran coberturas adicionales sobre los mínimos exigidos o prestaciones accesorias y no modificativas de las definidas íntegramente en los pliegos.

No puede desconocerse que la finalidad de la indicación de previsión de las mejoras en el anuncio radica en garantizar el principio de igualdad de trato a los licitadores para que puedan tomar la decisión de si les resulta de interés la licitación para concurrir a ella. En el caso concreto las coberturas de riesgos adicionales no son variantes o mejoras sino elementos cuantitativos o accesorios -posteriormente se tratará su definición y concreción- de un criterio de valoración del contrato de servicios de agencia de viajes.

Por ello se entiende que la omisión de referencias a las variantes o mejoras no autorizadas en el anuncio de licitación no determina, en este caso, la consecuencia jurídica de anulación del anuncio de aquélla, por cuanto no se trata de variantes o mejoras, sino de un criterio de valoración de prestaciones ofertadas sobre el mínimo exigido o accesorias a la definida en los pliegos, que no son modificadas ni alteradas por la proposición.

Sexto. La cláusula indicada no incurre en indefinición, lo que excluye la anulación de los pliegos. Como ha quedado dicho, dicha cláusula dispone: *“Mejora en la cobertura de riesgos: Se valorará hasta con 5 puntos la oferta que incluya cobertura de riesgos no contemplados en el Pliego de Especificaciones Técnicas que redunden en una mejor calidad del servicio”*. No puede desconocerse que el pliego técnico contiene una relación detallada de las coberturas de riesgos que debe reunir el seguro como requisito. Por ello y por su contenido, el criterio consistente en la inclusión en la proposición *“de la cobertura de riesgos no contemplados en el Pliego de Especificaciones Técnicas que redunden en una mejor calidad del servicio”*, es lo suficientemente determinado para formular las correspondientes proposiciones de cobertura de otros riesgos, y efectuar su valoración, que, en todo caso, se ajusta a lo requerido en la normativa de contratación. No existe indeterminación del criterio ni de su ponderación, por lo que no vulnera el artículo 150. 2 y 4 del TRLCSP.

Consecuencia de lo anterior, procede la desestimación de este motivo del recurso.



Séptimo. En el último motivo se expone que no puede ser criterio de valoración los descuentos en billetes de avión y tren porque no es posible hacer estos descuentos que solo se pueden hacer en los gastos de gestión. Varias observaciones deben realizarse al respecto:

a.- Esta misma cuestión ha sido planteada por el mismo recurrente en la impugnación de pliegos similares que dieron lugar a la resolución 494/2017, de 8 de junio (igual fecha que la firma del presente recurso), que fue resuelta en los siguientes términos: « (...) *A juicio de la recurrente debe ser declarada nula la exigencia de un descuento en factura sobre el transporte. Entiende que no puede exigirse tal rebaja, pues el precio de los billetes no depende del intermediario o agente, HALCON, sino que el agente obtiene un precio determinado que le ofrece el prestador del servicio del transporte, sin ostentar capacidad de modificación sobre el mismo.*

*HALCON explica que su beneficio deriva del cargo por emisión de billetes, y que es sobre ese concepto sobre el que podría realizar algún tipo de descuento. Sin embargo, si se ponen en conexión la cláusula 14 PCAP con la cláusula IV.6 del PPT, se elimina cualquier posible margen de oferta. Al efecto, el tercer apartado de la cláusula IV.6 del PPT indica: “Los cargos por emisión en los billetes que la Agencia facilite no podrán ser superiores a los de referencia, establecidos en el baremo de puntuación de la oferta económica establecido en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, ni a los expresados en su oferta. **No podrán aplicarse en ningún caso cargos sobre el billete aéreo nacional.**”*

Por tanto, considera HALCON que el juego de ambas cláusulas deja a las agencias fuera de juego, pues no pueden obtener rebajas en la factura del transporte, ni pueden cobrar cargos por emisión de billetes de transporte de ámbito nacional.

En defensa de tal argumentación, se invoca la infracción de diferentes preceptos de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia. Además se invocan diferentes normas como criterio interpretativo, por ejemplo el Reglamento (CE) 1008/2008, de 24 de septiembre, que establece normas comunes para la explotación de servicios aéreos en la Comunidad, o el Real Decreto 1619/2012, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regulan las obligaciones de facturación.



Por su parte, el órgano de contratación entiende que no se ha infringido la normativa citada, y que no asiste la razón a la recurrente, pues sí que tiene capacidad el intermediario de influenciar en la fijación del precio de los billetes. Al respecto, por ejemplo, se refiere a la posible obtención de rápeles por parte de dichas agencias de viajes, en función de su volumen de facturación.

Pues bien, planteados los antecedentes, hemos de adelantar la desestimación del recurso formulado. Y ello, porque considera este Tribunal que la forma en que ha sido redactado el PCAP no infringe en modo alguno las disposiciones citadas correspondientes a la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del Contrato de Agencia.

Como hemos visto, la premisa fundamental y única sobre la que descansa el recurso es que las agencias de viajes no pueden influir en el precio de los billetes de transporte, pues ese precio viene dado por las compañías de transporte; y ello, junto a la imposibilidad de cobrar cargos de gestión en la contratación de transportes nacionales, impide a las agencias participar en la licitación de manera competitiva. Sin embargo, este Tribunal no comparte las conclusiones alcanzadas por HALCON VIAJES, por los motivos que a continuación se exponen.

Con carácter previo, conviene poner de manifiesto el mero hecho de que ninguno de los licitadores haya recurrido los pliegos acudiendo al mismo razonamiento, siendo todos ellos operadores de similar naturaleza, lo que invita a pensar que no se está infringiendo la normativa que les resulta de aplicación, que no se les exige una prestación imposible, y que la concurrencia es factible.

Dicho lo anterior, el contrato de agencia se define en el artículo 1 de la Ley 12/1992 del siguiente modo: “Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.”

Existen tres partes en el contrato de agencia: el empresario, el agente, y el tercero con el que contrata el agente por cuenta o en interés del empresario. En una situación típica y sin



mayores complicaciones, es evidente que el agente sólo tiene control pleno de la remuneración que él mismo exige al empresario, pues el agente no fija la tarifa de la operación comercial que realiza para el empresario, sino que tal tarifa la determina el tercero en cuestión.

Según la tesis de la recurrente, su papel sería de mera intermediación, en el sentido de que los precios del tercero le vendrían dados, siendo su función únicamente la de ofrecerlos y contratarlos para el empresario. Y, aunque admitimos que esa puede ser una opción, sin duda, también puede el agente influir en la fijación del precio que obtiene del tercero; y a nuestro juicio, mejor papel desarrollará, y más valor adquirirá un agente, cuanto más sea capaz de influir en el precio que obtiene del tercero, y que le ofrece a su cliente, el empresario -en este caso, la Administración-.

Ningún precepto de los citados por el recurrente en su recurso, ni la propia lógica mercantil del contrato de agencia, impiden que el agente negocie los precios con el tercero con el que contrata, pues tal es una de sus principales misiones. De hecho, si el agente cobra mediante comisión, su labor será obtener el mejor precio posible, para cumplimentar el mayor número de operaciones posibles.

En el caso de la recurrente, resulta además llamativo que invoque la imposibilidad de obtener mejoras de precios especialmente en las tarifas de las compañías aéreas, cuando la misma forma parte de un grupo de empresas, GLOBALIA, integrado entre otras empresas, por una compañía aérea, AIR EUROPA, con presencia internacional.

Luego, las reglas del libre mercado, y más aún entre empresas del mismo grupo, obligan a pensar que las agencias de viajes, en un contrato que alcanza casi los tres millones de valor estimado, podrían alcanzar algún tipo de acuerdo, rebaja, promoción, descuento, o beneficio comercial, que les permita negociar los precios del transporte, y concurrir en condiciones competitivas a la presente licitación.

Este Tribunal ya se ha pronunciado sobre este tipo de cuestiones, en resoluciones invocadas expresamente por el órgano de contratación. En nuestra Resolución 873/2015, de 25 de septiembre de 2015, dijimos: “El hecho de que las precios de los vuelos ya estén fijados por las compañías aéreas no es un obstáculo para que las licitadoras –agencias de viajes-,



teniendo en cuenta el acuerdo de precios que ADIF ostenta con la compañía aérea Turkish Airlines, puedan ofertar precios más bajos y competitivos, pues ha de advertirse que la tabla de pasajes (ida y vuelta) de los viajes aéreos relacionados en el cuadro del punto 6 “cuadro de parejas de destinos / número de frecuencias” actúan como precios concertados máximos.

Así las cosas, ha de ser el resultado de la ponderación conjunta de unos y otros principios – eficacia y eficiencia de la contratación pública y, más concretamente, los aspectos antes indicados, de una parte, y libertad de acceso a las licitaciones, no discriminación y salvaguarda de la competencia, de otra parte– lo que debe erigirse en pauta para determinar si el precio de los pasajes como criterio de adjudicación resulta o no atentatoria de dichos principios.

En conclusión, este Tribunal, examinados los términos literales del criterio de adjudicación transcrito, -que no ofrece ambigüedades ni oscuridad alguna-, la existencia de precios máximos concertados para los vuelos a contratar y su peso específico en la totalidad de los criterios a puntuar (20 puntos), considera que no rompe la igualdad de los licitadores y que la forma de ofertar por precio de los pasajes y no por descuentos en los gastos de emisión es potestad de decisión discrecional por el órgano de contratación, que además resulta respetuosa con la igualdad de trato y de no discriminación, como principios rectores de la contratación del sector público.”

Y la Resolución 325/2014, de 25 de abril, que resolvió un supuesto con argumentos muy parecidos a los presentes: “Tal y como se ha expuesto en el fundamento de derecho primero apartado 1 de esta resolución la tesis del recurrente en se funda en tres afirmaciones, a saber: a) que la venta de títulos de transporte constituye la parte esencial de la contraprestación derivada del contrato; b) que en la actualidad las compañías de transporte no admiten cobros por intermediación de la venta de billetes basados en comisiones; c) que aunque el pliego exige a todos los contratistas la utilización de las tarifas más ventajosas no es posible que la Administración asegure el cumplimiento efectivo de esta obligación.

De estas premisas extrae que necesariamente se restringe el ámbito de posibles contratistas a empresas que no deseen obtener beneficios o que pueden enmascararlos por medio de una integración vertical con empresas de transporte que los disimulen contablemente.



Ninguna de las anteriores premisas resulta probada. Tampoco lo es la relación de causalidad con la pretendida consecuencia.

Empezaremos por examinar la falta de prueba de las premisas.

En primer lugar no constituye prueba suficiente de qué porcentaje va a suponer la venta de títulos de transporte en relación al total de la facturación resultante del contrato el certificado emitido por una sola agencia de viajes, que además es una de las empresas licitadoras que podría verse favorecida por la anulación que propugna la asociación reclamante, referido a servicios distintos prestados en favor de sujetos diferentes. No se aportan datos específicos referidos al contrato que es objeto de licitación en el pasado ni tampoco datos sobre la totalidad del sector afectado. Ambos datos pueden estar a disposición de la reclamante pero no los aporta.

En cuanto a lo segundo, la propia lista de comisiones básicas que pagan las compañías aéreas a las agencias de viajes por la reserva de título de transporte presentada por la CEAV como prueba revelaron que de un máximo de 113 compañías aéreas, 74 abonan comisiones (el 65,48%), que a veces ascienden hasta el 9%. La propia CEAV reconoce que siempre se cobran comisiones también en el caso de la reserva y venta de títulos de transporte por ferrocarril. Las propias resoluciones de la CNC citadas por la reclamante hablan de que se “ha tratado de sustituir” este sistema de comisiones, no de que efectivamente tal sustitución se haya producido. Por la vía de la negociación se pueden establecer modificaciones de las comisiones.

Por último, la obligación que tiene el adjudicatario de utilizar las tarifas más ventajosas si es objeto de seguimiento por cuanto la cláusula nueve permite comprobar los servicios, sancionar de impago aquellos que no cumplan los requisitos establecidos en el pliego e incluso incluir la acreditación de este extremo en las obligaciones de información periódica contempladas en la cláusula 11. No se puede presumir a priori que los mecanismos de control no vayan a funcionar. La propia recurrente puede instar a que se cumplan efectivamente una vez el contrato haya sido adjudicado.

Pero, además, la consecuencia que se pretende extraer de estas premisas -que, repetimos, no han sido probadas- tampoco puede sostenerse. El pliego se ha redactado de manera que,



aunque no se permita el cobro de cargos de emisión de títulos de transporte, el adjudicatario podrá obtener su beneficio mediante la negociación de comisiones con las compañías suministradoras del servicio de transporte, la negociación de la reserva de habitaciones y el alquiler de vehículos con o sin conductor, el posible alquiler de salas de reuniones y otros servicios así como de los servicios particulares que, como consecuencia de su ubicación en la propia sede de la administración, pueda prestar al personal de los organismos públicos. Es lógico e incluso deseable que la Administración pretenda obtener el servicio de la manera menos gravosa para la Hacienda Pública siempre que se respeten los preceptos legales que rigen su contratación.

Las condiciones son iguales para todos los que deseen concurrir, el procedimiento de contratación es abierto y no se produce discriminación entre los potenciales licitadores. No se aprecia ninguna vulneración de los artículos 1, 87 ni 117 del TRLCSP. El recurso debe ser, pues, desestimado.”

En definitiva, a la vista de todo lo anteriormente expuesto, no se aprecia infracción de Ley, por lo que el recurso se desestima en su integridad.»

b.- El órgano de contratación en su informe, indica que cláusula similar existe en el pliego que rige el presente contrato. Conviene reproducir literalmente los términos del informe:

“Pues bien, puede observarse que la cláusula décima del Pliego de 2013 recoge en relación con el criterio "Descuentos en servicios" idéntica redacción que la contenida en el Pliego publicado en el presente año (salvo que se han aumentado los puntos a otorgar y se ha desarrollado la fórmula a aplicar).

Asimismo los respectivos Anexos nº 3 de los Pliegos de Condiciones generales correspondientes a la contratación de 2013 y a la actual presentan una misma redacción, sin que en la licitación del año 2013 la empresa recurrente y que fue adjudicataria de dicha contratación formulase ninguna reclamación al respecto.

Abundando en lo expuesto, debe señalarse que VIAJES HALCÓN, S.A.U. presentó en la licitación del año 2013 una oferta en la que incluía un descuento sobre la tarifa oficial tanto en los billetes de avión (1/10%), como en los de tren (1/10%), así como otros descuentos en las



tarifas de alquiler de coches y alojamientos de hotel. Dicha oferta, que se acompaña al presente documento como Anexo nº4, se adjuntó al contrato que firmaron las partes y ha sido cumplida por la empresa adjudicataria durante los años de vigencia del contrato.

Además debe señalarse que fue la inclusión de dichos descuentos lo que hizo que la oferta presentada por VIAJES HALCÓN, S.A.U. fuese la más ventajosa, en detrimento de la oferta presentada por la otra empresa participante en la licitación que únicamente presentó descuento sobre la tarifa de alquiler de coches.

Llegados a este punto cabría preguntarse por qué la empresa recurrente, VIAJES HALCÓN, S.A.U., reputa como ilegal el contenido exacto de una cláusula que cuatro años antes le permitió ser adjudicataria del mismo procedimiento, máxime cuando no ha habido ningún cambio normativo a ese respecto.

Por otro lado, no se comparte por parte de esta Fundación la afirmación vertida por el recurrente indicando que el contenido de la cláusula impugnada infringe algunos artículo de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, del Contrato de Agencia, ya que los artículos transcritos en el recurso hacen referencia a la definición del contrato de agencia, así a las obligaciones del agente, sin que ninguna de ellas tenga, a nuestro juicio, relación con el contenido de la cláusula impugnada del Pliego.

Lo mismo cabe alegar en relación con el resto de la normativa esgrimida para fundamentar el recurso y respecto de la cual no existe una relación directa con el texto en el que se desarrolla el criterio objeto de impugnación.”

Nada de esto informa o dice al Tribunal el recurrente cuya posición requiere, como mínimo, una explicación en su recurso, por lo que el motivo no puede prosperar.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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



Primero. Desestimar íntegramente el recurso interpuesto por D. C. A. B., en representación de VIAJES HALCÓN, S.A.U., contra anuncios y Pliego de Condiciones Generales del contrato de *“Servicio de agencia de viajes para la Fundación Estatal para la Formación en el Empleo”* (Expte. 2017/3120009357/171).

Segundo. Alzar la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación.

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

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