



Recurso nº 247/2019

Resolución nº 410/2019

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

En Madrid, a 17 de abril de 2019.

VISTA la reclamación interpuesta por D.J.L.V.S., en nombre y representación de VIAJES EL CORTE INGLÉS S. A., contra la Resolución de 5 de febrero de 2019, de la Presidenta de Puertos del Estado, por la que se le excluye de la licitación del contrato de "*Servicios de agencia de viajes para el organismo público Puertos del Estado*", (Exp. 071/18), licitado por el Organismo Público Puertos del Estado, dependiente de la Administración General del Estado, el Tribunal ha adoptado la siguiente Resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 16 de octubre de 2018, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el 17 de octubre, en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PCSP), y el 30 de octubre en el Boletín Oficial del Estado (BOE) se publican los anuncios de la licitación del contrato de servicios de agencia de viajes para el organismo público Puertos del Estado, expediente 071/18, licitado por el Organismo Público Puertos del Estado.

El contrato se rige es en cuanto a su preparación y adjudicación por la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, (LCSE) sujetándose en cuanto a sus efectos y extinción a derecho privado, todo ello en virtud de los artículos 3.2.b), 12.b) y disposición adicional segunda, apartado 10, de la LCSE.

El contrato calificado como de servicios, con referencia de nomenclatura CPV 63510000, servicios de agencia de viajes y servicios similares, tiene un valor estimado de 2.460.000 euros, IVA excluido. La licitación es de tramitación ordinaria por procedimiento abierto.

En la cláusula 14 del Pliego de Condiciones (PC), *“ofertas incursas en presunción de anormalidad por bajo importe”*, en lo que aquí importa, se establece lo siguiente.

“ (...) Si una oferta económica resulta incursa en presunción de anormalidad por su bajo importe en relación con la prestación, la Mesa de contratación recabará la información necesaria para que el Presidente de Puertos del Estado pueda estar en disposición de determinar si efectivamente la oferta resulta anormalmente baja en relación con la prestación y por ello debe ser rechazada o, si por el contrario, la citada oferta no resulta anormalmente baja, y por ello debe ser tomada en consideración para adjudicar el contrato. Para ello, la Mesa de contratación solicitará al licitador, por escrito, las precisiones que considere oportunas sobre la composición de la citada oferta económica y sus justificaciones. El licitador dispondrá de un plazo máximo de diez 10 días hábiles, a contar desde la fecha en que reciba la solicitud, para presentar sus justificaciones también por escrito.

Si transcurrido este plazo la Mesa de contratación no hubiera recibido dichas justificaciones, lo pondrá en conocimiento del Presidente de Puertos del Estado y se considerará que la proposición no podrá ser cumplida y, por tanto, la empresa que la haya realizado quedará excluida del procedimiento.

Si, por el contrario, se recibieran en plazo las citadas justificaciones, la Mesa de contratación remitirá al Presidente de Puertos del Estado la documentación correspondiente para que éste pueda decidir, o bien la aceptación de la oferta contando con ella a todos los efectos para resolver lo que proceda en relación con la adjudicación del contrato, o bien, el rechazo de dicha oferta. El mencionado posible rechazo, en ningún caso tendrá efectos sobre los cálculos ya realizados del valor de la baja de referencia. El Presidente de Puertos del Estado dará cuenta a la Mesa de contratación del resultado del análisis de las ofertas presuntamente incursas en anormalidad, determinando expresamente tanto las rechazadas, como aquellas cuya justificación se ha considerado suficiente y pueden ser por tanto admitidas.

Admitidas las justificaciones por el Presidente de Puertos del Estado, se procederá a evaluar las ofertas económicas de todos los licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas

(hayan estado o no incursas inicialmente en presunción de anormalidad por su bajo importe) en la forma descrita anteriormente.

Cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente, a la adjudicación de un contrato será considerada a los efectos de establecer la baja de referencia (BR) la más baja de cada grupo, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.”

Segundo. Transcurrido el plazo para la presentación de ofertas, entre los ofertantes se encuentra VIAJES EL CORTE INGLÉS S. A.

Producida la apertura de los restantes sobres, el 9 de enero de 2019 la mesa de contratación abre, en acto público, el sobre número 4 relativo a la proposición económica. Tras la lectura de las proposiciones presentadas, las ofertas presentadas por las empresas GESTORA DE VIAJES Y NEGOCIOS, S. L. y VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A. se encuentran incursas en presunción de anormalidad por su bajo importe.

El 10 de enero, la mesa de contratación solicita a licitadores incursos en la presunción de anormalidad la justificación de la viabilidad de su oferta.

La Comisión Técnica encargada de la valoración de las ofertas emite informe sobre la justificación presentada

El 23 de enero de 2018 la empresa VIAJES EL CORTE INGLÉS S. A. remite su justificación el 17 de enero, considerandola insuficiente.

El 24 de enero la mesa de contratación propone al órgano de contratación la exclusión de la oferta.

El 5 de febrero de 2019, la Presidenta de Puertos del Estado resuelve excluir la oferta presentada.

El 12 de febrero de 2019 se remite, a través de la PCSP y se publica en ella, a VIAJES EL CORTE INGLÉS S. A. notificación de la resolución, incluyendo pie de recurso ante este Tribunal.

Tercero. El 21 de febrero de 2019, VIAJES EL CORTE INGLÉS S. A., anuncia a la entidad contratante la interposición de la reclamación prevista en la LCSE contra el acto de exclusión.

El 4 de marzo de 2019, a las 15:38:35 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal la reclamación, que tiene el siguiente *petitum* que “*se admita a trámite, procediéndose a la suspensión del proceso de contratación indicada y que se estimen las alegaciones del presente escrito, admitiéndose la oferta de mi representada en el proceso de licitación*”.

Dicha reclamación se subsana el 5 de marzo de 2019 a las 11:14:41 horas, incorporando la firma del representante a la reclamación.

Tercero. La entidad contratante, el 12 de marzo de 2019, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Cuarto. La Secretaría del Tribunal, el 11 de marzo, da traslado del recurso interpuesto a los otros licitadores interesados, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimasen oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite conferido GLOBALIA CORPORATE TRAVEL, S. L. U.

Quinto. La Secretaría General, en ejercicio de la delegación conferida por el Tribunal, acordó el 22 de marzo de 2019 la concesión de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 103 y 105 de la LCSE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlos de conformidad con lo dispuesto en los artículos 101.1 de la LCSE y 22.2.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC), al ser el ente contratante una entidad pública empresarial dependiente de la Administración General del Estado.

Segundo. El artículo 102 de la LCSE establece que *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación.”*.

Dicha norma remite a la doctrina jurisprudencial del concepto interés legítimo en el ámbito administrativo.

En reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, plasmada entre otras sentencias las de 31 de mayo de 1990, 19 de noviembre de 1993, 27 de enero de 1998, 31 de marzo de 1999 y 2 de octubre de 2001, se declara que por interés debe entenderse toda situación jurídica individualizada, dicha situación que supone una específica relación con el objeto de la petición o pretensión que se ejercita, se extiende a lo que, con más precisión, se titula interés legítimo, que es el que tienen aquellas personas, físicas o jurídicas, que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando incidan en el ámbito de ese su interés propio. El interés legítimo abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada, siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad, en cuanto presupone que la resolución a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, de un modo efectivo y acreditado, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien recurre o litiga.

Pues bien, la reclamante en su condición de licitadora en el procedimiento en que se ha dictado el acto que recurre y que le excluye de la licitación, tiene interés legítimo en su nulidad y, consiguientemente, legitimación para recurrirlo conforme a dicho artículo de la LCSE y el 22.2.2º del RPERMC.

Tercero. Se recurre el acto por el que se excluye por una entidad pública contratante del sector de los servicios de puertos, un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 443.000 euros.

El acto recurrido, resolución definitiva de la licitación, aparece expresamente recogido en la letra b) del artículo 44.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP) como susceptible de recurso.

Por ello conforme a los artículos 3.2, 15.1, 16 y 101 de la LCSE, 44.2.b) de la LCSP y 22.2.3º y 4º del RPERMC, el acto es susceptible de recurso.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo, el 12 de febrero de 2019 se remite a la reclamante la notificación del acto, el 21 de febrero de 2019 anuncia la interposición al ente contratante y el 4 de marzo de 2019 tiene entrada en el registro de este Tribunal la reclamación.

Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 104 de la LCSE establecen.

“1. Todo aquel que se proponga interponer reclamación en los términos previstos en el artículo 101 deberá anunciarlo previamente mediante escrito presentado ante la entidad contratante en el plazo previsto en el apartado siguiente para la interposición de la reclamación. En dicho escrito deberá indicarse el acto del procedimiento contra el que irá dirigida la reclamación que se interponga.

2. El procedimiento se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles, a contar desde el siguiente al de la publicación en su caso de la licitación del contrato en el «Diario Oficial de la Unión Europea» cuando se interponga

contra dicha licitación, desde que se anuncie en el perfil de contratante del órgano de contratación o desde que los licitadores tengan conocimiento de la infracción que se denuncia.

3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano competente para resolver la reclamación.”

Por su parte el artículo 18 del RPERMC establece.

“El recurso especial en materia de contratación y las cuestiones de nulidad al amparo del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público solo podrá presentarse en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlos. La reclamación del artículo 101 de la Ley 31/2007, de 30 de octubre y las cuestiones de nulidad al amparo de la Ley citada solo podrán presentarse en el registro del órgano administrativo competente para resolverlas.

La presentación en las oficinas de correos o en cualquier registro administrativo distinto de los mencionados en el apartado anterior no interrumpirá el plazo de presentación. En tales casos, el recurso, la reclamación o la cuestión de nulidad se entenderán interpuestos el día en que entren en el registro del órgano de contratación o en el del órgano administrativo competente para resolverlo, según proceda.

No obstante, cuando en el mismo día de la presentación se remita al órgano administrativo competente para resolverlo o al órgano de contratación en su caso copia del escrito en formato electrónico, se considerará como fecha de entrada del mismo, la que corresponda a la recepción de la mencionada copia.”

En consecuencia, se han cumplido los requisitos de tiempo y forma prevenidos por los artículos 104 de la LCSE, y 18 del RPERMC.

Quinto. Entrando en la cuestión de fondo **la recurrente** alega contra el acto de exclusión los siguientes motivos.

Que la valoración de la justificación del apartado “**otros gastos indirectos y generales**”, afirmando que realiza la Comisión Técnica es incompleta, no habiendo tenido en cuenta varios aspectos:

- Que el gasto del alquiler del espacio que ocupa el “*implant*” (que es unipersonal) es el más relevante, dado el coste por metro cuadrado en la zona y la escasa oferta de espacios de similares características,
- Que el Material de oficina es mínimo, por no decir prácticamente inexistente,
- Que el coste de las telecomunicaciones se tiene que valorar en función de los precios por volumen de facturación acordados por la recurrente con las empresas de telecomunicaciones por el Grupo de Empresas al que pertenece,
- Que los medios informáticos no suponen un coste adicional, pues se traslada el equipo que se utilizaría en el puesto en otra oficina, y
- Que otros costes, como la limpieza del *implant* o la energía eléctrica, están incluidos o no son necesarios por la cesión del espacio del *implant* que se incluye en la licitación.

Respecto de la justificación del apartado “**beneficio derivado de la facturación**”, la valoración del Informe se realiza a tres niveles.

Indica el Informe que “no resulta admisible” la alegación de que en el billeteaje aéreo internacional se hayan suprimido los cargos de emisión para obtener una mejor puntuación, ya que se prevén menos operaciones, indicando el informe que falta el desglose correspondiente. Además, respecto de los gastos de emisión del resto de los billetes, indica el Informe que el volumen de servicios no se ajusta al número de servicios fijado en el pliego. Ambos temas se justifican si se tiene en cuenta que la estimación de los servicios se basa en los precios medios reales sacados de datos obtenidos de informes estadísticos de toda su cartera de clientes. Si se aplican los precios medios de que dispone la recurrente con las operaciones posibles para esa facturación, el resultado es de 647 servicios, superior a los 300 calculados por Puertos del Estado, por lo tanto, los cálculos que han servido a la recurrente (que expone en un cuadro resumen) para compensar en base a sus propios costes, los diferentes apartados de la oferta económica, manteniendo un beneficio,

como se especificó en el escrito de justificación, siendo esta coherente en términos matemáticos.

La elaboración de la justificación se realiza en base al volumen de facturación indicado en el pliego excluyendo el IVA, entendiendo que dicho cálculo no es una falta de diligencia, sino la aplicación de un criterio fiscal. Si tenemos en cuenta la base imponible en todos los cálculos, inclusive en el cargo de emisión ingresado por el billete de tren, barco y avión, el beneficio persiste, y aporta el cálculo.

Con esa valoración, el resultado directo de la explotación ascendería a Beneficio anual de 2.340,25€. Solo con la actividad de propio implant para Puertos del Estado, ya habría beneficio que no puede cuestionar la posibilidad de cumplir con la oferta.

Además señala que el implant obtiene **otros ingresos** que se pueden denominar indirectos, a los que se hacía mención en el escrito de justificación y que el Informe no recoge, “*overcomisiones*” (comisiones adicionales que mi representada percibe de las líneas aéreas, cadenas hoteleras y otros proveedores, y que dependen de los resultados globales de la Compañía en cada ejercicio económico, que no tienen concepto de rappel para su cesión), economías de escala, que se pueden aplicar a todas las necesidades del implant y a los servicios de intermediación como Agencia, por acuerdos expresos con proveedores; ingresos por la facturación de los servicios vacacionales realizados por el implant para viajes particulares a empleados de sus empresas del personal de Puertos de Estado siempre que fueran autorizados.

En fin, que el PC establece la posibilidad de que en caso de presunción de anormalidad, se solicite por la Administración una garantía complementaria del 5% del importe de la adjudicación, quedando así garantizada doblemente la ejecución del contrato.

Por su parte el **órgano de contratación** opone a tales argumentos lo siguiente.

En cuanto a la alegación del recurrente de que el informe sobre la justificación resulta incompleto por no tomar en consideración aspectos relativos a otros gastos indirectos y generales, señala que queda desvirtuada por una mera lectura de lo consignado en el informe, pues a diferencia de la argumentación introducida en el recurso, la justificación de

la reclamante sobre la que se emitió el informe se limita a señalar que *“en el caso de prestación de servicio desde implant los costes generales de la agencia se reducen con respecto a las cuentas que se atienden desde oficina propia, ya que ese local es cedido en este caso por Puertos del Estado”*, razonamiento que se consideró incompleto por cuanto no se habían tomado en consideración gastos tales como el material de oficina, el coste de las telecomunicaciones o medios informáticos a emplear, entre otros. La empresa fue poco diligente en su justificación, que fue sumamente genérica sin entrar en el detalle de argumentar las condiciones de su oferta que determinaban los bajos costes de la oferta.

No se puede compartir la justificación ofrecida en el recurso por el recurrente con relación a los costes generales vinculados con la cesión del implant que junto con los costes de personal constituyen los más relevantes dentro del concepto de "costes generales" de este contrato, pues de acuerdo con el Pliego de Prescripciones Técnicas, la prestación se realiza en dependencias de Puertos del Estado a través de un *inplant*, se trata así de una condición ventajosa para todos los licitadores, por lo que motiva que no es una ventaja en términos económicos para la recurrente que puede emplearse como justificación para desvirtuar la presunción de anormalidad; además el recurso sigue sin concretar, en cuanto a los costes generales, la justificación de la baja, además de ser incoherente al afirmar que determinados costes, como limpieza, energía eléctrica, coste de un servicio W.C. y licencias urbanísticas (tasa y coste de obtención) están incluidos o no son necesarios por la cesión del espacio del implant, pues no es equiparable económicamente estar incluidos con no ser necesarios, y además el ahorro de costes es común para todos los licitadores. En otros términos, no se está juzgando la trayectoria de la empresa, ni su forma de organizarse internamente, sino si en este caso y con las condiciones fijadas en el pliego, puede prestar el servicio.

La argumentación del recurrente que alude al beneficio derivado de la facturación, limitándose a justificar su baja sin cuestionar la valoración del informe sobre la justificación, argumentando de forma extemporánea, con más detalle y profundidad que en la justificación presentada, en el recurso, acompañando incluso un nuevo cuadro ajustado que justifica el desglose de la valoración, con lo que el recurrente persigue, por un lado, aportar nueva información en un momento procesal improcedente y, por otro, que se

sustituya la discrecionalidad técnica del órgano de contratación por la estimación jurídica de su recurso por parte de ese Tribunal.

En concreto, la justificación del licitador referida a la supresión por cargos de emisión con respecto al billeteaje internacional obedecía a la obtención de una mejor puntuación sin añadir ningún otro argumento, no es admisible tanto en términos económicos como jurídicos, por cuanto no aporta al órgano de contratación ningún elemento valorativo para apreciar la posibilidad de cumplir el contrato con la baja ofertada.

En segundo término, en el nuevo cuadro aportado en el recurso se ha constatado que la cuantificación económica del concepto de coste medio del billeteaje aéreo de larga distancia (transcontinental en terminología del pliego) ha ascendido a 938 euros lo que supone una baja de más del 50% de lo presupuestado en el pliego (1.875 euros), esta baja tan elevada no ha sido justificada tampoco en el recurso. La cuantificación del coste medio dada por el recurrente resulta irrelevante, por cuanto el cargo por emisión en el caso de billeteaje internacional por él ofertado es cero. Por consiguiente, la multiplicación del número de servicios por él estimados sería, en cualquier caso, cero.

En tercer lugar, hay que referirse a la explicación dada por el recurrente sobre la oferta de coste cero para la emisión de billeteaje internacional, el licitador tiene la facultad de distribuir los precios entre las distintas unidades, compensando unos con otros, lo que responde a una estrategia legítima de oferta, siendo admisible que oferte algún precio unitario en cero, pero ha ofertado el cero para este concepto obviando las estimaciones establecidas en el PPT en cuanto al número de servicios por tipología de viajes. Así, a modo de ejemplo, el pliego fijaba una estimación de 350 servicios en vuelos nacionales y la entidad recurrente, desconociendo la fuente para ello y contraviniendo al órgano de contratación, entiende que la estimación del número de servicios ha de ascender a 540. Este aumento en el número de servicios responde a un objetivo interesado que no se avala con prueba alguna.

Por otro lado, la recurrente afirma que respecto de los gastos de emisión del resto de los billetes en que el volumen de servicios no se ajusta al número de servicios fijados en el PPT, se justifican si se tiene en cuenta que la estimación de los servicios se basa en los precios medios reales sacados de datos obtenidos de informes estadísticos de toda su

cartera de clientes; como contestación a esta alegación hay que significar que el cálculo realizado en el recurso ha sido realizado de forma inversa. Esto es, ha partido del concepto de "volumen de facturación" en el sentido de agotar el mismo, cuando éste era meramente estimativo, siendo lo relevante el número de servicios y su coste. De estos dos elementos, esto es, el número de servicios y su coste, el licitador solo podía afectar, mediante su oferta al coste, determinando unos costes inferiores a los fijados en el pliego, pero, obviamente, no puede suplantar a la entidad contratante en la determinación del número de servicios estimados, que es la esencia de esta contratación y que es lo que ha realizado el recurrente al variar el número de servicios estimados.

En cuanto a la afirmación de que la estimación de servicios de la oferta se base en los precios medios reales sacados de datos obtenidos de informes estadísticos de toda su cartera de clientes, podría haberse ofrecido este razonamiento, lo que no se hizo en la justificación, si hubieran aplicado el coste derivado de ese cálculo de precios medios al número de servicios fijado en el PPT, siendo así que lo que han hecho ha sido aplicar el coste obtenido a un número superior de servicios para alcanzar la totalidad de volumen de facturación estimado.

De todo ello cabe inferir que la justificación matemática contenida en el recurso sigue sin ser coherente y máxime en atención a la importante baja realizada que se cifra, en su conjunto alrededor de un 40% llegando casi a alcanzar; en algún concepto como los billetes de tren y barco más del 50%.

En lo que respecta a la justificación de su beneficio el razonamiento difiere de lo consignado en la justificación inicial tanto en los motivos explicativos, como en los números tenidos en consideración, de tal manera que en el escrito inicial aludía a un margen de 23.312,38 € frente al margen de 20.560,25 € consignado en el recurso. Esta variación llama la atención por su falta de concordancia con las cifras consignadas por el recurrente en el nuevo cuadro adjunto, del que no se disponía en la justificación inicial que fue valorada.

Además, la mera obtención de un beneficio no justifica suficientemente que el recurrente pueda cumplir satisfactoriamente el contrato con el bajo nivel de precio ofrecido. A estos

efectos, hay que recordar que en algunos conceptos la baja del recurrente ha alcanzado más del 50% lo que hubiera debido motivar una justificación más profunda y extensa.

En fin, las alusiones a la dilatada experiencia y liderazgo en el mercado del recurrente no pueden ser consideradas, porque no se está juzgando la trayectoria de la empresa sino si, en este caso, explica de forma suficientemente satisfactoria el bajo nivel de precios ofertado o de costes propuesto y, por ello, que puede cumplir normalmente la oferta en sus propios términos y prestar el servicio en los términos exigidos en el pliego.

En cuanto a las alegaciones de GLOBALIA CORPORATE TRAVEL, S. L. U., no aporta argumentos nuevos relevantes a los formulados por el órgano de contratación.

Sexto. La reclamación se refiere a la justificación de la oferta incurso en presunción de anormalmente baja o desproporcionada.

Antes de analizar los concretos argumentos de la impugnación nos referiremos a nuestra doctrina sobre la presunción de ofertas como anormalmente bajas o desproporcionadas.

Nuestra Resolución número 105/2011, de 15 de abril, señala que las normas del Derecho de la Unión Europea relativas a la contratación pública vienen poniendo marcadamente el acento en la necesidad de abrir las licitaciones al mayor número de empresas posible, así lo hacia la Directiva 2004/17/CE, y lo hace la Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE, como también lo hace 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.

Por ello, se consagran como principios básicos de la contratación pública los de libre concurrencia, no discriminación y transparencia.

Consecuente con ello el legislador español ha diseñado un sistema legal relativo a los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los

servicios postales a través de la LCSE que abre las licitaciones al mayor número de empresas.

El artículo 19 de la LCSE dispone que *“los contratos que se adjudiquen en virtud de la presente Ley se ajustarán a los principios de no discriminación, de reconocimiento mutuo, de proporcionalidad, de igualdad de trato, así como al principio de transparencia”*.

El principio de transparencia, por otra parte, exige que la adjudicación de los contratos se haga a favor de aquella empresa que hubiera presentado la oferta económicamente más ventajosa. Ello se traduce en que la oferta ganadora debe ser aquella que contenga el precio más bajo, o que valorando conjuntamente los aspectos técnicos y económicos obtenga la mayor puntuación (artículos 60 y 61 de la LCSE).

Sin embargo, este principio tiene una excepción, la posibilidad de considerar que la oferta es anormalmente baja o desproporcionada, es decir que contiene valores económicos inferiores a lo razonable o que los diferentes elementos que la integran carecen de la adecuada congruencia entre sí.

Sin embargo, esta excepción no puede considerarse ilimitada. Por el contrario, tanto la LCSE como el LCSP obligan a la entidad contratante a dar audiencia a los licitadores que hubieran presentado las mencionadas ofertas para poder determinar si, a pesar de su carácter anormalmente bajo o desproporcionado, pueden cumplirse de forma normal en sus propios términos y a fijar con carácter objetivo cuáles son los parámetros que deben servir para considerar a la oferta incurso en la situación de anormalidad o desproporción.

De conformidad con todo ello resulta que el hecho de que una oferta puede encontrarse en el caso previsto en los pliegos para determinar su condición de anormalmente baja o desproporcionada, no implica necesariamente que deba ser desestimada a la hora de proceder a la adjudicación de contrato. Por el contrario, el artículo 82 de la LCSE impone a la entidad contratante la obligación de dar audiencia a la empresa afectada y a valorar las justificaciones que pueda dar de su oferta.

En cuanto al examen de la justificación presentada por las empresa cuyas ofertas están incursas en la presunción, hemos dicho en la Resolución citada y en la número 677/2014,

de 17 de septiembre, que la apreciación hecha por la entidad contratante del contenido de tales justificaciones en relación con el de las propias ofertas debe considerarse que responde a una valoración de elementos técnicos que en buena medida pueden ser apreciados en función de parámetros o de criterios cuyo control jurídico es limitado. Aun así, es evidente que hay aspectos que, aun siendo difíciles de controlar jurídicamente por venir determinado por la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, pueden y deben ser controlados en esta instancia. Tal es el caso de que en una oferta determinada puedan aparecer síntomas evidentes de desproporción que impidan, sin necesidad de entrar en la apreciación de criterios puramente técnicos, la ejecución de contrato en tales condiciones.

Por tanto, cabe añadir aquí, para desvirtuar la valoración realizada por el órgano de contratación en esta materia será preciso que el recurrente ofrezca algún argumento que permita considerar que el juicio del órgano de contratación teniendo por no justificadas las explicaciones dadas por el licitador cuya oferta se ha considerado inicialmente como anormal o desproporcionada resulta infundado, o a apreciar que se ha incurrido en ese juicio en un error manifiesto y constatable (Resolución número 786/2014, de 24 de octubre)

También hemos señalado, en nuestras Resoluciones números 786/2014, de 24 de octubre, y 832/2014, de 7 de noviembre, que en cuanto al informe técnico es lo habitual que el informante exprese su propia opinión sobre las alegaciones presentadas por el licitador cuya oferta puede incurrir en anormalidad, haciendo un juicio crítico de la justificación que se le remite. Sin embargo, cabe igualmente la posibilidad de que el informante esté de acuerdo con estas alegaciones, haciéndolas suyas, lo que le eximiría de la necesidad de añadir mayor fundamentación al informe.

Así, en aquellos casos en los que el informe técnico no comparta la justificación dada por el licitador para justificar la anormalidad de su oferta, resulta evidente que debe motivarse el informe pues éste tendrá que salir al paso de lo alegado por el interesado desvirtuando su argumentación, exigiendo así una resolución debidamente motivada.

La apreciación por la entidad contratante de la justificación de la oferta incurso en baja desproporcionada –baja que es muy cuantiosa, en su conjunto, en el entorno de un 40%

llegando casi a alcanzar en algún concepto más del 50%—, hemos de considerarla, conforme a nuestra doctrina, suficientemente motivada.

En efecto, el informe técnico analiza pormenorizadamente la justificación y sus términos, motivando más que sobradamente el rechazo de la justificación ofrecida, sin que este Tribunal aprecie en él la existencia de error manifiesto y constatable, arbitrariedad o discriminación.

En fin, no procede introducir por vía de recurso argumentos y datos justificativos que la licitadora recurrente pudo y debió aportar cuando fue requerida para ello y no lo hizo, improcedencia formal a la que se añade que, como pone de manifiesto el pormenorizado informe del órgano de contratación al recurso presentado, tampoco con los nuevos argumentos extemporáneamente aportados logra la empresa justificar la anormalidad de los precios de su oferta.

Por todo lo antedicho ha de desestimarse la reclamación interpuesta, y confirmar el acto recurrido.

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta que por Juan Luis Vassallo Saavedra, en nombre y representación de VIAJES EL CORTE INGLÉS S A., contra la Resolución de 5 de febrero de 2019, de la Presidenta de Puertos del Estado, por la que se le excluye de la licitación del contrato de "*Servicios de agencia de viajes para el organismo público Puertos del Estado*", (Exp. 071/18), licitado por el Organismo Público Puertos del Estado, dependiente de la Administración General del Estado.

Segundo. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación, de acuerdo con los artículos 106.5 LCSE y 31.2 RPERMC.

Tercero. Levantar la suspensión del procedimiento de licitación adoptada en su momento.

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 dos meses, a contar desde el día siguiente a 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.