



Recurso nº 1378/2018

Resolución nº 97/2019

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

En Madrid, a 8 de febrero de 2019.

VISTA la reclamación interpuesta por D. J. C. G. M., en nombre y representación de VIAJES BARCELÓ S. L., contra la Resolución, de 26 de noviembre de 2018, por la que se desiste del procedimiento de adjudicación del “*Acuerdo marco para la contratación de los servicios de agencia de viaje para Autoridad Portuaria de Barcelona*”, con expediente 2017R370012 RSC 2017–00126, licitado por la Autoridad Portuaria de Barcelona, ente público dependiente de la Administración General del Estado, ha adoptado la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El 20 de febrero de 2018 se publica el anuncio en la Plataforma de Contratación del Sector Público y en el Diario Oficial de la Unión Europea, y el 24 de febrero de 2018 en el Boletín Oficial del Estado, de la licitación del acuerdo marco para la contratación de los servicios de agencia de viaje para Autoridad Portuaria de Barcelona, expediente 2017R370012 RSC: 2017–00126, licitado por la Autoridad Portuaria de Barcelona.

El Acuerdo 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., 12.b) y disposiciones adicionales segunda, apartado 10, y trigésima novena de la LCSE.

El Acuerdo marco, calificado como de servicios, código CPV 63000000, servicios de transporte complementarios y auxiliares, servicios de agencias de viajes, tiene un valor estimado de 1.440.000 euros, IVA excluido, adjudicándose mediante tramitación ordinaria y procedimiento abierto, no estando dividido en lotes.



De acuerdo con el apartado H del cuadro-resumen de características del Pliego de Condiciones (PC) que remite a anejo 2 de este, los criterios de adjudicación se dividen en los dependientes de juicio de valor, que componen la propuesta técnica, que se fija con en el 40% de la puntuación total, y la propuesta económica, que representa el 60% de la puntuación total.

En cuanto a la valoración de la propuesta económica el anejo 4, apartado 2, del PC establece, en lo que aquí nos importa, lo siguiente.

«La Autoridad Portuaria de Barcelona dispone de un presupuesto máximo de licitación que se indica en el apartado B del Cuadro-Resumen de Características, sin embargo, éste está condicionado al volumen de servicios que se soliciten a lo largo del periodo de vigencia del acuerdo marco. Este valor económico sólo quiere reflejar la existencia de crédito adecuado y suficiente, en las diferentes áreas de la entidad, para alcanzar las obligaciones económicas. No hay compromiso de consumir el presupuesto al 100% y el presupuesto se repartirá entre los adjudicatarios del acuerdo marco.

La valoración económica de las ofertas presentadas por los diferentes adjudicatarios se realizará en base a la valoración de los cargos y bonificaciones que se tendrán que calcular en función del número de viajes especificado y el volumen de facturación en alojamientos hoteleros que se indica en los cuadros anexos.

Para calcular los cargos máximos:

- *Se dispone de 2 cuadros referentes a cargos, D.1. que hace referencia al transporte y D.2. que hace referencia a otros cargos.*
- *Para cada concepto se ha identificado un número de viajes (hipótesis). Para el transporte se consideran billetes de un trayecto (ir y volver).*

Para cada concepto hay que indicar el cargo unitario.

- *Se dispone de 1 cuadro en lo referente a bonificaciones (D.3.) donde se ha inscrito un valor económico hipotético en gasto de alojamiento.*



- Los datos se tienen que documentar en el anexo nº. 3 (resumen de proposición)
- Para valorar la oferta económica se tomarán en cuenta las hipótesis del número de viajes que figura en los siguientes cuadros:

(...)

Para calcular las bonificaciones aplicables por alcanzar un determinado volumen de facturación:

— Se ha determinado una hipótesis de importe de facturación.

(...)

El importe que se considera para su valoración para la puntuación económica de la oferta (PE) será el resultado de: Total cargos (01 +02)–Bonificaciones (03)

Para obtener las puntuaciones económicas (PE) de las ofertas se procederá de la siguiente forma: se le asignaran 100 puntos a la oferta más económica y a las ofertas restantes se las asignará la puntuación obtenida mediante la siguiente expresión:

$$\text{Puntuación económica de la oferta (PE)} = \frac{40 \times \text{Baja de la oferta}}{\text{Baja de la oferta más económica}} + 60$$

Se entiende por baja de una oferta la diferencia entre el presupuesto base de licitación y el presupuesto de la oferta correspondiente, en tanto por ciento. Se considera oferta más económica a la oferta más baja de las presentadas.

La puntuación económica se redondeará en el segundo decimal».

Segundo. Llegado el final del término para la presentación de la oferta entre los licitadores se encuentra VIAJES BARCELÓ S. L.

El 9 de abril de 2018 se reúne la mesa de contratación para examinar los sobres que contienen los documentos acreditativos de los requisitos de capacidad y solvencia. Tras



el examen de la solvencia por los servicios de la entidad, la mesa, el 17 de abril solicita la subsanación de los defectos observados.

El 8 de mayo la mesa, tras declarar los licitadores admitidos y los no admitidos por no haber subsanado los defectos observados, procede a la apertura del sobre que contiene la parte de la oferta relativa a las proposiciones técnicas que es entregado para la realización del informe técnico de valoración.

El 5 de junio la mesa recibe el informe técnico cuyas valoraciones asume.

En dicha valoración se asigna la siguiente puntuación VIAJES ANDRÓMEDA, S.A. 71,00 puntos, CENTRAL DE VIAJES, S.L. 73,25 puntos, VIAJES BARCELÓ, S.L. 77,70 puntos, NAUTALIA VIAJES, S.L. 61,50 puntos, VIAJES EL CORTES INGLÉS, S.A. 83,00 puntos.

El 26 de junio se procede a la apertura de los sobres que contienen la parte de las ofertas correspondiente a las proposiciones económicas.

Como consecuencia de la aplicación del PC la asignación de puntos resultantes con carácter global sería la siguiente.

	Puntuación técnica (PT)	Puntuación económica (PE)	Puntuación global (PG)
VIAJES EL CORTE INGLES S. A	83.00	98.82	92.49
VIAJES BARCELÓ S. L.	77.70	99.73	90.92
CENTRAL DE VIAJES S. L.	73.25	99.40	88.94
VIAJES ANDRÓMEDA S. A.	71.00	99.37	88.02
NAUTALIA VIAJES S. L.	61.50	100.00	84.60

El 8 de octubre se reúne la mesa para analizar las propuestas económicas solicita informe jurídico sobre la posibilidad de declarar desierto el concurso, porque la aplicación de la fórmula económica recogida en el PC otorga unas puntuaciones en las ofertas económicas que están excesivamente próximas, de manera que el peso de la oferta económica dentro de la valoración global de las ofertas es casi inexistente entre sí, lo que prima a las ofertas más caras, frente a las más baratas, lo que plantea la duda de si ello permite adjudicar la licitación a la oferta económicamente más ventajosa.



El informe jurídico, emitido el 12 de noviembre, concluye que el PC adolece de un error o vicio que no permite conocer cuáles son realmente las ofertas económicamente más ventajosas y habiéndose procedido ya a la valoración de dichas ofertas económicas, concluye dicho Informe Jurídico que procede desistir del procedimiento de adjudicación, cumpliéndose todos los requisitos para dicho desistimiento establecidos en el artículo 152 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 (en adelante, LCSP).

El 23 de noviembre la mesa propone al órgano de contratación el desistimiento del contrato.

El 26 de noviembre de 2018, la Presidenta de la Autoridad Portuaria de Barcelona acuerda desistir del procedimiento de adjudicación.

La notificación de la resolución de desistimiento se remite a VIAJES BARCELÓ S. L. el 30 de noviembre de 2018, conteniendo pie de recurso ante este Tribunal. Igualmente se publica el desistimiento en la Plataforma de Contratación del Sector Público el 7 de diciembre, a las 09:30:41 horas, y en el DOUE el 8 de diciembre.

Tercero. El 21 de diciembre VIAJES BARCELÓ S. L. anuncia al órgano de contratación la interposición de la reclamación prevista en la LCSE contra la resolución de desistimiento del procedimiento de adjudicación.

El 23 de diciembre de 2018, a las 11:31:42 horas, tiene entrada en el registro electrónico de este Tribunal la reclamación con el siguiente *petitum*, a este Tribunal «*que se tenga por presentado este escrito con los documentos adjuntos (que se relacionan a continuación), se sirva admitirlo y tener por interpuesta RECLAMACIÓN frente a la Resolución de desistimiento del expediente Acuerdo Marco para la contratación de los servicios de agencia de viaje para la Autoridad Portuaria de Barcelona y, previa la tramitación legal que corresponda, sea dictada resolución en la que se resuelva anular dicha Resolución así como retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la misma, procediéndose a su vez a la anulación del nuevo procedimiento*



instado por la Autoridad Portuaria de Barcelona (exp 2018R370005) publicado tras el acuerdo de desistimiento objeto de esta reclamación».

Igualmente, en escrito aparte, con entrada en el Registro electrónico del Tribunal el 23 de diciembre de 2018, a las 11:38:36 horas, solicita como medida cautelar la suspensión del procedimiento.

Cuarto. El órgano de contratación, el 28 de diciembre de 2018, remite el expediente de contratación al Tribunal, acompañándolo de su informe.

Quinto. La Secretaria del Tribunal, el 10 de enero de 2019, da traslado de la reclamación interpuesta a los licitadores presentados, para que en el plazo de cinco días hábiles presenten las alegaciones y documentos que estimen oportunos, no habiendo hecho uso ninguno de dicha facultad.

Sexto. La Secretaria, el 14 de enero de 2019, acuerda, por delegación del Tribunal, denegar la solicitud 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. La reclamación se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 101.1 de la LCSE y 22.1.1º 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 dependiente de la Administración General del Estado.

Existe sin embargo un límite a nuestra actuación.

En efecto, si bien la reclamante impugna por inválido el acto de desistimiento del procedimiento en que ha participado, y a ello se dirigen los argumentos del cuerpo de su escrito, introduce en el suplico una pretensión ajena a la validez del acto recurrido, pues



pretende también que, de estimar su impugnación al desistimiento, declaremos nulo al procedimiento de adjudicación de un Acuerdo posterior con igual objeto al del desistido, expediente 2018R370005 RSC 2018-000240, por tener idéntica formula de valoración de la proposición económica en su Pliego de Condiciones.

Ambas pretensiones, amén de incongruentes entre sí –pues si se admite la pretensión de nulidad del desistimiento que se fundó por el órgano de contracción en la invalidez del pliego, ambos pliegos, el del procedimiento desistido y el del procedimiento ulterior, serían validos– no pueden articularse acumuladamente, pues si bien hay una conexión mediata e indirecta entre ambos procedimientos, falta el nexo causal directo e inmediato que permita sostener que el enjuiciamiento de un acto producido en un procedimiento de licitación se extiende necesariamente a un procedimiento posterior y distinto.

Por ello, hemos de inadmitir la pretensión en lo que a la anulación del procedimiento posterior se refiere.

Segundo. Antes de abordar la legitimación de la reclamante, con carácter previo hemos de señalar que el firmante de la reclamación dice en su escrito que actúa en nombre y representación de ÁVORIS RETAIL DIVISION S. L., si bien que la escritura pública de poder que acredita la representación de VIAJES BARCELÓ S. L., que es la licitadora en el procedimiento de adjudicación al que se refiere la reclamación, formando parte ambas sociedades, VIAJES BARCELÓ S. L. y ÁVORIS RETAIL DIVISION S. L., de un mismo grupo empresarial.

Así las cosas, la referencia en el encabezamiento del escrito de una empresa distinta de la licitadora verdaderamente representada es un error material, de carácter ostensible, palmario y manifiesto, que el Tribunal ha procedido a rectificar de oficio al amparo de lo dispuesto en el artículo 109.2 de la LPCAP, entendiendo –como así se hace constar a lo largo de esta resolución– que la reclamación se ha presentado por VIAJES BARCELÓ S. L.

Entrando ya en el examen de la legitimación de la reclamante, 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 ha sido licitadora en el procedimiento de adjudicación en que se ha dictado el acto impugnado, igualmente, conforme constata expresamente el acto impugnado, de no haberse producido el desistimiento aplicándose el PC hubiera resultado segunda clasificada en la adjudicación y, por tanto, sería una de las tres adjudicatarias del Acuerdo marco, por ello tiene interés legítimo en la nulidad del acto y, consiguientemente, legitimación para recurrirlo conforme a dicho artículo de la LCSE y el 22.2.2º del RPERMC.



Tercero. Se recurre el acto de desistimiento del procedimiento de adjudicación de un Acuerdo marco de servicios, cuyo valor estimado es superior a 443.000 euros, licitado por una entidad pública del sector portuario.

En cuanto al acto recurrido, se impugna una resolución de desistimiento del procedimiento de contratación, acordada al amparo de los artículos 86 de la LCSE y 152 de la LCSP, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación conforme al artículo 44.2.b) de la LCSP, por determinar la imposibilidad de continuar el procedimiento. Así lo ha entendido el Tribunal en anteriores ocasiones (por todas, Resoluciones 64/2016, de 29 de enero, 1087/2015, de 27 de noviembre, 1029/2015, de 6 de noviembre, o 95/2015, de 30 de enero, declarando el Tribunal en esta última que, aunque *«la impugnación de los acuerdos de renuncia al contrato o el desistimiento del procedimiento de contratación no están previstas expresamente entre los actos recurribles contemplados entre las competencias de este Tribunal prevista en el artículo 40 del TRLCSP»*, procede considerar *«la renuncia o el desistimiento como actos administrativos que impiden la continuación del procedimiento de contratación, tal y como hicimos en las Resoluciones 318/2014, de 25 de abril; 263/2012, de 21 de noviembre; 2/2012, de 5 de enero»*.

Por ello, conforme a los artículos 3.2, 15.1, 16 y 101 de la LCSE, 44.2.c) de la LCSP y 22.2. 3º y 4º del RPERMC, el acto es susceptible de reclamación.

Cuarto. En cuanto a los requisitos de forma y plazo, el 30 de noviembre de 2018 se remite a la reclamante la notificación del acto, el 21 de diciembre anuncia la interposición al ente contratante del recurso y el 23 de diciembre de 2018 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 los artículos 17, 18 y 19. 3 y 5 del RPERMC establecen:

«Artículo 18. Lugar de presentación.

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, teniendo en cuenta lo establecido para el cómputo de plazos por el artículo 30 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) se han cumplido los requisitos de tiempo y forma prevenidos por los artículos 104 de la LCSE, y 18 del RPERMC.

Quinto. Los argumentos expuestos por la **reclamante** en su escrito son los siguientes.

En primer lugar, que la fórmula incluida en el PC de la licitación es idéntica a la que la entidad contratante ha venido utilizando en otras licitaciones, expedientes R37B10431 RSC 148–2015 y 2018R370001 RSC 2018–00021, tramitadas y adjudicadas sin problema alguno, por lo que el fundamento ofrecido por el órgano de contratación como causa que justifique el desistimiento de la licitación adolece de arbitrariedad.

Que antes de la presentación de las ofertas uno de los licitadores formuló consulta sobre la aplicación de la baja de la oferta más económica, y el órgano de contratación en su respuesta se reiteró en el contenido del PC y en la fórmula de valoración de la oferta económica.

Que en la nueva licitación publicada tras el desistimiento, el expediente 2018R370005 RSC 2018-000240, se reproduce la misma fórmula de valoración de la proposición económica.

Que la fórmula aplicada es una fórmula válida, no prohibida por la legislación, por lo que no tiene el órgano de contratación motivo alguno para no utilizarla, toda vez que además ha sido la utilizada en las últimas licitaciones del órgano contratante posibilitando la adjudicación de los contratos sin problema alguno, por lo que el desistimiento se funda en una interpretación subjetiva del órgano de contratación, una vez conocidos los resultados de las ofertas presentadas y las empresas que, de conformidad a los mismos, resultarían adjudicatarias, siendo arbitraria, carente de justificación alguna y vulnera el principio de proporcionalidad.

De contrario arguye el **órgano de contratación** lo siguiente.

Que no es cierto que en las licitaciones anteriores que menciona el recurrente, con la salvedad que se dirá, se haya empleado la misma metodología para valorar la oferta económica.

En la licitación objeto de la reclamación, 2017R370012 RSC 2017-00126, los licitadores deben formular una oferta referida a un año por los cargos que iban a repercutir a la autoridad portuaria por los diferentes conceptos y gestiones en qué consistía su actividad (corretajes), junto con las bonificaciones que pensaban aplicar, lo que determina una oferta, que por causa de las bonificaciones, podía ser incluso negativa.

Si bien la fórmula a aplicar para valorar la oferta económica, es:

$$\text{Puntuación económica de la oferta (PE)} = \frac{40 \times \text{Baja de la oferta}}{\text{Baja de la oferta más económica}} + 60$$

El PC aclara que se entiende por baja de una oferta la diferencia entre el presupuesto base de licitación y el presupuesto de la oferta correspondiente, en tanto por ciento.

En consecuencia, la regulación del PC implica necesariamente que la oferta que presenta cada licitador (cargos–bonificaciones), tiene que compararse con la previsión del importe a pagar por la autoridad portuaria por todos los conceptos durante la vigencia del contrato, importe que es un valor teórico que incluye tanto los cargos del licitador, como los gastos derivados de los viajes y alojamientos que la autoridad portuaria tenga que contratar, último importe que se fija en 1.440.000 euros, por los cuatro años del contrato, es decir, 360.000 euros al año.

Por ello a la hora de valorar las ofertas se comparan conceptos no homogéneos, las ofertas de los licitadores (de escaso importe económico) y el importe teórico establecido en el PC como valor del contrato (el valor económico apreciable de 360.000 €/año).

El resultado es que con ofertas económicas muy diferentes la valoración era esencialmente la misma, lo que determina que de facto, el peso de la oferta económica, que tenía ser del 60% de la valoración global de la oferta, como señala en el siguiente cuadro.



LICITADOR	OFERTA DEL LICITADOR	PRESUPUESTO DE LA LICITACIÓN	VALORACIÓN (BASE 100)
NAUTALIA	-2.597 €	360.000 €	100
VIAJES BARCELÓ	-149 €	360.000 €	99,73
CENTRAL DE VIAJES, SL	2.868 €	360.000 €	99,40
VIAJES ANDRÓMEDA	3.087 €	360.000 €	99,37
VIAJES EL CORTE INGLÉS	8.135 €	360.000 €	98,82

Por contra el expediente de licitación R37B10431 RSC 148–2015, citado por la reclamante, presenta una importante diferencia en relación al expediente recurrido, al incorporar una previsión que determina que los conceptos a comparar sean homogéneos, al disponer que la oferta económica formulada por los licitadores, consistente en los cargos que iban a repercutir a la autoridad portuaria por los diferentes conceptos y gestiones en qué consistía su actividad (corretajes), junto con las bonificaciones que pensaban a aplicar, han de valorarse en relación al importe económico estimado establecido en el Pliego por los servicios que se contrataran a las Agencias de Viajes (15.000 €/año).

En cuanto al expediente de licitación 2018R370001 RSC 2018–00021 se corresponde a un concurso convocado con carácter de puente con una duración máxima de tres meses, para contratar los servicios de una agencia de viajes con un Pliego idéntico al de la licitación desistida, dándose la circunstancia de que a esta última licitación solo se presentaron dos licitadores siendo uno de ellos inadmitido por no cumplimentar todos los apartados del modelo de proposición económica. Esto originó que la mesa de contratación, al no disponer de ofertas alternativas no detectó el vicio de que adolecía el pliego y por ello adjudicó la licitación al único licitador existente, ya que éste cumplía todos los requisitos del pliego

En cuanto a la licitación que la autoridad portuaria ha convocado tras el desistimiento, expediente 2018R370005 RSC 2018–000240, incorpora la misma previsión que la contenida en el Pliego regulador del expediente R37B10431 RSC 148–2015, seguida para el acuerdo marco de contratación de los servicios de agencia de viajes, año 2015-2016, y en consecuencia, si bien la fórmula de valoración es igual que la de la licitación recurrida, se diferencia en que los cargos y las bonificaciones de las ofertas han de



valorarse en relación al importe económico estimado y no en relación al presupuesto base de licitación, no produciéndose por tanto el efecto en su aplicación expuesto.

Sexto. Expuestos los argumentos de las partes, procede ahora analizar la validez del desistimiento acordado.

El **artículo 86 de la LCSE** dispone lo siguiente.

*«La entidad contratante podrá desistir del procedimiento de adjudicación de un contrato iniciado, con anterioridad a su adjudicación, **siempre que exista causa que lo justifique** y se determine en la resolución que se adopte a tal fin, debiendo comunicar tal decisión a los operadores económicos que hubieran presentado una oferta o que hubieran solicitado participar en el mismo».*

Este precepto, para su correcta interpretación, debe ser examinado sistemáticamente con lo dispuesto en el **artículo 152 de la LCSP**, que establece.

«1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el “Diario Oficial de la Unión Europea”.

*2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación **antes de la formalización**. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.*

*3. Solo podrá adoptarse la decisión de **no adjudicar** o celebrar el contrato por **razones de interés público debidamente justificadas en el expediente**. En este caso, **no***

podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

*4. El **desistimiento** del procedimiento deberá estar fundado en una **infracción no subsanable** de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo **justificarse** en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento **no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación**.*

5. En el supuesto de acuerdos marco, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlos corresponde al órgano de contratación que inició el procedimiento para su celebración. En el caso de contratos basados en un acuerdo marco y en el de contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, el desistimiento y la decisión de no adjudicarlos o celebrarlo se realizará por el órgano de contratación de oficio, o a propuesta del organismo destinatario de la prestación».

Este precepto de la LCSP recoge dos instituciones diferenciadas que tienen también cabida en la amplia expresión del artículo 86 de la LCSE.

Así hay que distinguir entre el desistimiento del procedimiento *estricto sensu* a la que se refiere el apartado 4 del artículo 152 de la LCSP, y la renuncia a la adjudicación del contrato, contemplada en el apartado 3 del mismo artículo.

Así la renuncia obedece a una decisión de oportunidad, fundada en razones de interés público debidamente justificadas, e impide promover una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan aquellas razones.

Por el contrario, el desistimiento del procedimiento de licitación se funda en razones de legalidad, la existencia de una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación debidamente justificada, y no impide la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

Aun cuando no lo explicita la LCSP, el artículo 152.4 lleva implícito que la infracción que origina el desistimiento no puede reproducirse en la nueva licitación. De otro modo lo que



se estaría produciendo es una utilización fraudulenta del desistimiento para impedir una adjudicación “*no querida*” por el órgano de contratación, con el objeto de obtener otra “*si deseada*”, lo que constituiría una infracción muy grave tanto de la libre concurrencia, como de la integridad en la contratación pública.

No es preciso que el vicio de legalidad que determina el desistimiento lo sea de nulidad radical, pudiendo ser de mera anulabilidad, siempre que en el concreto caso planteado el vicio no pueda ser sanado, como ocurre cuando la apertura de la oferta económica impide retrotraer las actuaciones a un momento anterior en que se produjo el vicio.

Así lo determinante es que la infracción de la legalidad que origina el desistimiento sea insubsanable en el concreto procedimiento de licitación, pues el desistimiento actúa como un medio de sanación –ejercitado de oficio y de *ultima ratio*–, cuando no pueden ser usados en el procedimiento los ordinarios de convalidación, conservación o conversión de actos o tramites viciados, con el límite siempre de que no se haya formalizado el contrato, pues en tal caso ha de acudirse necesariamente a la revisión de oficio del contrato sin que quepa ya desistir de él.

Así la infracción se sana terminando anormalmente el procedimiento de licitación viciado de invalidez, e iniciando a continuación otro en que tal infracción no se reproduce.

Nos encontramos pues aquí ante el desistimiento propiamente dicho del procedimiento de licitación, acordado de oficio por el órgano de contratación, por la existencia de un vicio de legalidad en el procedimiento consistente en que el procedimiento de valoración de la oferta económica en el PC se considera viciado, vicio que no puede ser sanado al haberse prácticamente culminado el procedimiento de licitación con la apertura de las ofertas económicas, sin que quepa retrotraer las actuaciones realizadas en el procedimiento de licitación, pues ello vulneraría los principios de igualdad y concurrencia, al haberse levantado el secreto de las proposiciones económicas.

En fin, es indiferente la calificación del vicio aducido como determinante de nulidad o anulabilidad, pues aún en este último caso sería imposible sanar el vicio retrotrayendo las actuaciones.

Hemos pues de examinar si existe o no el vicio en el PC aducido por el órgano de contratación para fundar el desistimiento.

Para ello acudiremos a nuestra doctrina sobre las **fórmulas de valoración de las ofertas económicas**.

Este Tribunal ha declarado que la LCSP y su normativa de desarrollo no contienen una pauta a la que deba atenerse el órgano de contratación a la hora de concretar el criterio de evaluación de las ofertas económicas.

Así sobre esta cuestión dijimos en nuestra reciente **Resolución 976/2018**, de 26 de octubre, lo siguiente:

*«De la recopilación de consideraciones contenidas en la **Resolución 542/2015** citada, **este Tribunal comparte**, en lo que aquí interesa, las siguientes:*

- *El criterio “precio”, cuando solo se utilice un único criterio de valoración de las ofertas, pasa a equivaler a “precio más bajo”.*
- *Cuando se utilice más de un criterio de valoración, el criterio “precio” no puede operar de forma que la oferta media del conjunto de las admitidas obtenga más puntuación que otras de precio menor, como ya ha declarado el TJUE.*

*Por el contrario, **no compartimos** por las razones que expresaremos más adelante, las siguientes consideraciones:*

- *El criterio “precio”, cuando se utilice más de un criterio de valoración de las ofertas, equivaldría también y en todo caso a “precio más bajo”, de forma que en todo caso y siempre el precio más bajo debe obtener el máximo de puntos y siempre más que las de precio mayor.*
- *En ningún caso sería posible legalmente modular el criterio precio, de forma que no sería admisible que las ofertas que alcancen un nivel determinado en el PCAP de*



reducción del precio obtengan igual puntuación y sin mejorar las de aquéllas ofertas que reducen el precio más allá de ese límite (Índice de saciedad).

- El establecimiento en el PCAP de un índice de saciedad para combatir la oferta de precios anormalmente bajos cuando se emplee más de un criterio de valoración, no sería admisible, porque el único medio de combatir las ofertas con precios anormalmente bajos sería el procedimiento establecido legalmente para justificar que es susceptible de normal cumplimiento la oferta anormal y, en caso contrario, acordar su exclusión.

- El establecimiento en el PCAP de un índice de saciedad sería contrario a ciertos principios que han de observarse en el ámbito de la contratación pública, tales como el de control y eficiencia del gasto o el principio de economía en la gestión de recursos públicos.

Estas consideraciones no las compartimos por las siguientes razones:

1ª. El criterio “precio” en modo alguno equivale siempre y en todo caso a “precio más bajo”. Tal determinación se contenía en la Directiva 2004/14 y en el TRLCSP solo para el caso de empleo de un único criterio de valoración de las ofertas, que había de ser el precio, y que equivalía a “precio más bajo” para determinar la oferta económicamente más ventajosa.

Por el contrario, en el caso de que se empleara más de un criterio de adjudicación para determinar la oferta económicamente más ventajosa, el criterio precio no equivale necesariamente a “precio más bajo”, porque:

En primer lugar, ni la Directiva antes citada, la 2004/14, establecía esa determinación, es decir, no extendía dicha equivalencia prevista para las licitaciones con un solo criterio de valoración a las licitaciones con más de un criterio, en las que se previese también el criterio “precio”.

En segundo lugar, porque en el caso de empleo de más de un criterio de valoración corresponde al órgano de contratación configurar los criterios de valoración con respeto a los requisitos legales, pero en relación a los fines que se persiguen con el contrato y los

aspectos que considere como principales a valorar. Los criterios se relacionan y vinculan unos con otros y se delimitan por el órgano de contratación, que puede fijar la forma en que operan y se aplican.

En tercer lugar, diversas causas, como por ejemplo, el objetivo de obtener obras, servicios o suministros de gran calidad, o la presupuestación rigurosa de un contrato con arreglo a precios de mercado, aconsejan y permiten modular el criterio precio y establecer límites a las reducciones de precios en las ofertas económicas sobre el precio máximo, para evitar precisamente desvirtuar la calidad de la prestación ofertada o para desincentivar la presentación de ofertas mediocres en los criterios de valoración cualitativos a causa de la minoración de los precios ofertados, o que siendo teóricamente buenas luego en la ejecución no se puedan cumplir debidamente con precios ofertados muy bajos. La libertad del órgano de contratación ampara modular, por tanto, el criterio precio en relación con el resto de los criterios previstos para valorar las ofertas y lograr el máximo nivel de calidad u otras características de la prestación perseguidas.

En cuarto lugar, el TJUE sí que ha declarado que se oponen a las Directivas, considerar que la mejor oferta, en lo referente al precio, sea la oferta de precio medio de todas las ofertas, es decir, la mayor puntuación no se puede atribuir a la oferta más próxima a la media de los precios ofertados, ya que son mejores las que ofertan un precio menor al precio medio; pero ello no implica que se prohíba el establecimiento de índices de saciedad, porque con ellos la oferta con el precio menor a las otras no obtiene menos puntos que éstas. En este sentido, la Comisión Europea publicó un documento denominado «Guía práctica para contratación pública para profesionales» en el describe algunos ejemplos de malas prácticas o errores en la definición de los criterios de adjudicación que dieron lugar a sanciones económicas por no cumplir con las normas sobre contratación pública y haber obligado a los operadores económicos a desistir de participar en la licitación y entre ellos, el siguiente: «6. El uso de precios medios, en caso de que las ofertas más próximas a la media de todas las ofertas reciban más puntos que aquellas que están más lejos de la media. A pesar de que el precio de la oferta es un criterio objetivo para usarlo en la fase de adjudicación, el uso de esta metodología genera una desigualdad de trato de los licitadores, en particular de aquellos con ofertas bajas



válidas». Ejemplo en el que como puede apreciarse, no cita para nada como metodología incorrecta el establecimiento de índices de saciedad para el limitar el número máximo de puntos a obtener en la valoración por reducción de precios ofertados sobre el precio máximo.

En quinto lugar, en modo alguno puede afirmarse que solo cabe combatir la oferta de precios excesivamente bajos mediante el procedimiento de las ofertas anormalmente bajas o temerarias que puede conducir a la exclusión de la oferta temeraria, y no mediante la adopción de medidas complementarias que desincentiven la excesiva bajada de precios, como la reducción progresiva de la puntuación a partir de un determinado nivel de reducción de los precios, o la no concesión de puntos adicionales a las ofertas que sean inferiores a una determinada cifra (umbral de saciedad), pues si se puede lo más, se puede lo menos, que es, frente a la exclusión de la oferta anormal, la no asignación de más puntos a las ofertas de precio inferior al umbral establecido.

Y en sexto lugar, no existe por las razones indicadas, lesión alguna de principios como los de control de gasto y de eficiencia o de economía en la gestión de recursos públicos, puesto que tales principios han de operar necesariamente en el contexto de la aplicación coordinada y objetiva, además de causal y dirigida a un objetivo de interés público mediante el contrato, de una pluralidad de criterios de valoración cuya ponderación corresponde determinar al órgano de contratación así como su forma de operar y aplicarse en su conjunto. Así, si el órgano de contratación puede reducir la ponderación del criterio precio respecto de los demás criterios objetivo y subjetivos, con mayor razón puede aumentar la ponderación de aquél y fijar un límite máximo de la reducción de precio que los licitadores pueden ofertar a partir del cual no obtengan puntos adicionales, con lo que se cumple el criterio del TJUE de que una oferta más cara obtenga más puntos que otra de precio inferior a aquélla.

2ª. Los argumentos anteriores justificativos de por qué este Tribunal no comparte algunas de las consideraciones más arriba reseñadas, se refuerzan de forma notable a la vista del contenido de la Directiva 2014/24/UE y de la LCSP, que la traspone al ordenamiento español, hasta el punto de que hace decaer completamente los argumentos que apoyan las consideraciones expuestas que no compartimos, en especial, la relativa a la presunta



inadmisibilidad legal del establecimiento de un índice de saciedad en la configuración y aplicación del criterio precio cuando opera conjuntamente con otros criterios objetivos y/o subjetivos.

Efectivamente, la Directiva 2014/24/UE mantiene que la adjudicación de los contratos debe hacerse sobre la base del criterio de la oferta económicamente más ventajosa, que, a su vez, se ha de determinar «...desde el punto de vista del poder adjudicador se determinará sobre la base del precio o coste, utilizando un planteamiento que atienda a la relación coste-eficacia, como el cálculo del coste del ciclo de vida con arreglo al artículo 68, y podrá incluir la mejor relación calidad-precio, que se evaluará en función de criterios que incluyan aspectos cualitativos, medioambientales y/o sociales vinculados al objeto del contrato público de que se trate» (Art. 67. de la Directiva 2014/24/UE). Por tanto, no determina en ningún caso que en esa relación coste-eficacia o en la relación calidad-precio, siempre se haya de aplicar el criterio precio en su modulación de precio más bajo.

*Es más, la propia Directiva admite que no se valore la minoración del criterio coste o precio, en cuanto admite que se opere sobre un coste o precio fijo, cuando determina en su artículo 67.2, que: **«El factor coste también podrá adoptar la forma de un precio o coste fijo sobre la base del cual los operadores económicos compitan únicamente en función de criterios de calidad».***

A partir de ese texto normativo hemos de considerar que si el factor coste puede adoptar la forma de un precio fijo no susceptible de mejora por minoración, con mayor motivo debe admitirse un precio no fijo pero limitado por un índice de saciedad, que puede minorarse más allá de ese límite, pero sin favorecerse por un incremento de puntos en su valoración.

En el mismo sentido, es indudable que esa Directiva atribuye al poder adjudicador la libertad de delimitar los criterios de adjudicación dentro del respeto a los requisitos que establece, cuando en su artículo 67.5 determina que:

«5. El poder adjudicador precisará, en los pliegos de la contratación, la ponderación relativa que atribuya a cada uno de los criterios elegidos para determinar la oferta



económicamente más ventajosa, excepto en el supuesto de que esta se determine sobre la base del precio exclusivamente.

Esta ponderación podrá expresarse fijando una banda de valores con una amplitud máxima adecuada».

En fin, la LCSP ha incorporado las directrices de la Directiva 2014/24 al ordenamiento español, recogiendo los criterios antes citados en lo relativo a la determinación de la oferta económicamente más ventajosa y a la incorporación de criterios sociales y medioambientales y de innovación, que modulan la relación coste-eficacia y la relación calidad-precio, así como los principios de eficiencia y economía en el gasto público. En particular, este último principio es indudablemente matizado, en lo que aquí concierne, en el artículo 1.3, de la LCSP cuando determina que:

«En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social».

Lo anterior, vinculado a la autorización normativa sobre que el factor coste pueda operar como coste o precio fijo de forma que los licitadores compitan solo en función de criterios de calidad, es lo que determina que no pueda ya, actualmente, afirmarse en modo alguno que no es admisible legalmente establecer en el PCAP índices de saciedad que limiten en la aplicación de la valoración de la oferta económica mediante el criterio precio la atribución del máximo de puntos posibles a la ofertas que alcancen un máximo de baja, de forma que a partir de ese límite no puedan obtenerse más puntos aunque minoren el precio más allá del citado límite».

En consecuencia, el Derecho Comunitario y el Derecho interno no imponen indefectiblemente la utilización de un método proporcional puro en la evaluación de la

oferta económica. Ni el tenor del artículo 145 LCSP ni el del artículo 53 de la Directiva 2004/18/CE abonan tal tesis, pues, de haber sido esa la intención del legislador, lo razonable es pensar que habría incluido una advertencia en tal sentido, siquiera sea por la importante modificación que ello entrañaría respecto de la normativa –estatal y comunitaria- precedente.

Pues bien, la fórmula de valoración de la oferta económica del PC en si misma considerada cumple con la LCSP y la normativa comunitaria, de modo que no está viciada de nulidad o anulabilidad conforme a la doctrina antes expuesta.

Cosa distinta es el modo de aplicarla, al establecer el PC que *«se entiende por baja de una oferta la diferencia entre el presupuesto base de licitación y el presupuesto de la oferta correspondiente, en tanto por ciento»*.

Así al estar compuesta la oferta por los cargos a repercutir al ente contratante por los diferentes conceptos y gestiones en que consiste su actividad, junto con las bonificaciones a aplicar, y el termino de comparación para determinar la baja por el presupuesto base de licitación, que incorpora la previsión del importe a pagar por el contratante por todos los conceptos durante la vigencia del contrato, incluidos gastos ajenos a los cargos del licitador, las ofertas se comparan con un concepto no homogéneo, por lo que la aplicación de la fórmula da como resultado que los porcentajes de las bajas de las ofertas económicas sean prácticamente iguales, ya que lo que hace es restar al presupuesto base de licitación (360.000 euros para el primer año de contrato) el importe de cada una de las ofertas y convertirlo en porcentaje.

En consecuencia, las diferencias de puntuación son prácticamente inexistentes, pues no reflejan la diversidad de las ofertas, así la diferencia porcentual entre la oferta más barata y la más cara es tan solo de 1,18 sobre 100, y entre ellas de 0,27 entre la primera y la segunda, 0,33 entre la segunda y la tercera, 0,03 entre la tercera y la cuarta, y 0,55 entre la cuarta y la quinta y última; por lo que, al reducir las puntuaciones asignadas a las ofertas económicas respecto de las valoraciones de las proposición técnicas, hace que la preeminencia de la valoración de la propuesta económica sobre la técnica (60% a 40%)



prevista en el PC, de facto se invierte, al convertir la valoración económica en irrelevante a la hora de decidir la adjudicación.

Así las cosas, existe una clara incongruencia en el PC en la determinación del modo de aplicación de la fórmula de valoración de las ofertas económicas, que contraviene la previsión del mismo PC de primar la valoración de la oferta técnica frente a la oferta técnica, asignando a la primera un peso de 60% sobre 40%, lo que constituye un vicio de anulabilidad que solo podía resolverse, a la vista del estado de tramitación del procedimiento, por el desistimiento acordado por el órgano de contratación.

En fin no procede que este Tribunal examine otras licitaciones similares del ente contratante, pues el examen de los actos impugnados ha de hacerse desde sí mismos y atendiendo a cada procedimiento singular, sin atender a procedimientos distintos, pues el hecho de que en otras ocasiones se haya incurrido en un mismo vicio de legalidad y no se haya reaccionado contra él por el órgano de contratación, no le exime de la obligación de hacerlo en el procedimiento enjuiciado, sin que pueda argüirse la igualdad en la injusticia o ilegalidad como excusa para no sancionarla. Todo ello sin perjuicio de que, la reproducción de los mismos vicios del PC que determinaron el desistimiento en otra licitación –lo que ha sido reconocido en su informe por el órgano de contratación–, fundamente la revisión de oficio de aquel contrato pues, al parecer, ha sido ya formalizado.

Señalar, por último, que las diferencias en el Pliego de Condiciones de la licitación que ha sucedido a la desistida, en lo que a la forma de aplicación de la fórmula de valoración económica se refiere, pone de manifiesto que no se ha reproducido la infracción que originó el desistimiento y que, por tanto, el órgano de contratación ha cumplido los principios de concurrencia e integridad en la nueva licitación.

Procede pues desestimar el recurso.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,



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

Primero. Desestimar la reclamación interpuesta por D. J. C. G. M., en nombre y representación de VIAJES BARCELÓ S. L., contra la Resolución, de 26 de noviembre de 2018, por la que se desiste del procedimiento de adjudicación del *“Acuerdo marco para la contratación de los servicios de agencia de viaje para Autoridad Portuaria de Barcelona”*, con expediente 2017R370012 RSC 2017–00126, licitado por la Autoridad Portuaria de Barcelona, ente público dependiente de la Administración General del Estado.

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 sanción prevista en los artículos 106.5 LCSE y 31.2 RPERMC.

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.