



Recurso nº 439/2023

Resolución nº 620/2023

Sección 2ª

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

En Madrid, a 18 de mayo de 2023.

VISTO el recurso interpuesto por D. A.C.P., en representación de VIAJES TRANSVIA TOURS, S.L. contra el acto de exclusión de la licitación convocada por la Autoridad Portuaria de Valencia para contratar el “servicio de agencia de viajes”; este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El día 2 de diciembre de 2022 fue objeto de publicación, en la Plataforma de Contratación del Sector Público –PLCSP–, el anuncio de la licitación convocada por la Autoridad Portuaria de Valencia (APV) para la contratación del servicio de agencia de viajes. El valor estimado del contrato es de 1.170.000 euros.

Segundo. Los criterios de adjudicación (apartado K del cuadro de características del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares –PCAP–) eran de tres tipos:

- Dependientes de juicio de valor (50%)
- Evaluables mediante fórmula (10%)
- Oferta económica (40%).

Dentro de los primeros (dependientes de juicio de valor) se asignan 20 puntos al siguiente criterio:

“Metodología de trabajo para la prestación del servicio en cuanto a la gestión de reservas de los viajes”.



Debe añadirse que el PCAP incluye lo que denomina “*Normas específicas*” del servicio. En el punto 8, letra A, apartado 2, se detalla el modo en que se evaluará la referida metodología de trabajo, desglosando el criterio anteriormente referido en distintos “*subcriterios*”. Se concreta que, de los 20 puntos, 12 se corresponderán con:

“Claridad y detalle de la atención personalizada para la gestión de las reservas. Descripción de los procedimientos empleados para la atención inmediata ante cualquier incidencia o solicitud de asistencia durante las reservas de los diferentes servicios”.

Dentro de los segundos (evaluables mediante fórmula) pesa un máximo de 6 puntos las

“Mejoras en tiempos de respuesta ante la solicitud de un viaje o para remisión de presupuesto”.

Por lo demás, en el mismo punto 8, letra B), apartado 2 de esas “*Normas específicas*” se desglosa el criterio evaluable automáticamente relativo a los tiempos de respuesta, asignándose la puntuación máxima (6 puntos) para tiempos inferiores a 120 minutos.

Tercero. Con fecha de 17 de febrero de 2023 se publicó, en la PCSP, el correspondiente informe de valoración de los criterios de adjudicación dependientes de juicio de valor, donde se hacen constar las puntuaciones otorgadas a cada uno de los licitadores. Interesa destacar algún pasaje del informe que, salvo un error material irrelevante a efectos de este recurso, no ha sido objeto de modificación posterior:

En cuanto al licitador GESTORA DE VIAJES Y NEGOCIOS S.L (...)

En cuanto a las solicitudes de información, tramitación y confirmación de reservas, indican en su oferta técnica que, como plazo límite para gestionar la solicitud, será el mismo día de la petición de la solicitud, si se requiere el servicio antes de las 14:00 horas. En relación con los viajes y servicios urgentes que no admitan demora, continúan estableciendo que los servicios solicitados serán gestionados en el mismo día y en un plazo suficiente en función de la fecha y hora del viaje. Además, se



informará sobre las mejores opciones disponibles en el plazo de 2 horas a contar desde la petición del servicio.

Por lo que respecta a la reserva o emisión de billetes de transporte y títulos de alojamiento, 1 hora desde la confirmación de la petición, y, por lo que atañe a la resolución de incidencias, 3 horas desde que la incidencia haya sido puesta en conocimiento del servicio de urgencias en caso de desplazamientos en territorio nacional, y 6 horas en el caso de viajes fuera de España.

(...)

En cuanto al licitador TRANSVIA TOURS S.L., se valora positivamente que introduzca sistemas alternativos de atención de solicitudes, envío de documentación, realización de cobros cuando fuera necesario a través de un chat llamado Nixi 1 que integra mensajería instantánea como whatsapp, telegram y chat. Así como, se considera muy positivo que, desde la petición del servicio por parte de la empresa, se responda en un plazo máximo de 2 horas.

(...)

Por su parte, SEKAI CORPORATE TRAVEL S.L.U (...)

Sin embargo, no especifica el horario habitual de oficina ni tampoco los tiempos de respuesta ante una solicitud fuera del servicio de emergencias. Considerando importante este dato la APV en la medida en que la gran mayoría de peticiones se van a realizar en horario habitual y no en situación de urgencia o emergencia.

Por último, NAUTALIA VIAJES S.L (...)

Sin embargo, al igual que SEKAI CORPORATE TRAVEL S.L.U, y a diferencia de GESTORA DE VIAJES Y NEGOCIOS S.L y TRANSVIA TOURS S.L, no especifica el horario habitual de oficina ni tampoco los tiempos de respuesta ante una solicitud fuera del servicio de emergencias. Considerando importante este dato para la APV, en la



medida en que la gran mayoría de peticiones se van a realizar en horario habitual y no en situación de emergencia.

En función de ello, se otorgan 11 puntos (de 12 posibles) a GESTORA DE VIAJES Y NEGOCIOS y a TRANSVIA TOURS, y 7 puntos a SEKAI CORPORATE TRAVEL y NAUTALIA VIAJES, en aplicación del referido subcriterio.

Cuarto. Con fecha de 20 de febrero de 2023 otra de las licitadoras (SEKAI CORPORATE TRAVEL S.L.) presenta escrito efectuando alegaciones en relación con el informe de valoración de los criterios evaluables mediante juicio de valor. Solicita la exclusión de la recurrente al afirmar que en el sobre 2 ha incluido información correspondiente al sobre 3, ya que ha facilitado información sobre el criterio evaluable automáticamente “*Tiempos de respuesta ante la solicitud de un viaje o para la remisión de presupuesto*”.

La presentación de dicho escrito fue puesta en conocimiento de la Mesa de contratación la cual, en sesión de 22 de febrero de 2023, acordó otorgar un trámite de audiencia a la ahora recurrente por plazo de 3 días hábiles.

Quinto. TRANSVIA TOURS presentó alegaciones en el plazo conferido exponiendo que en ningún momento ha comprometido el secreto de su oferta evaluable automáticamente, pues únicamente ha indicado un plazo máximo de respuesta (de 2 horas) a las peticiones de servicio que se efectúen. Tal inclusión no supone la concreta determinación de una mejora en los tiempos de respuesta, que es lo que se evalúa automáticamente. Además, expresa que el propio informe técnico valora positivamente esa cualidad de su oferta técnica, a la par que reprocha su menor determinación en las ofertas de otras licitadoras.

Sexto. La Mesa de contratación, en sesión de 8 de marzo de 2023, analiza las alegaciones presentadas por TRANSVIA TOURS y, tras su análisis y valoración, acuerda proponer al órgano de contratación la exclusión de dicho licitador.

Mediante resolución del órgano de contratación de 9 de marzo de 2023 se acuerda la referida exclusión, que es notificada el 10 de marzo de 2023 a través de la PCSP.



Séptimo. El día 31 de marzo de 2023 tiene entrada en el Registro Electrónico de este Ministerio recurso especial en materia de contratación frente al acto de exclusión referido en el expositivo anterior.

TRANSVIA TOURS argumenta que –entre los criterios evaluables mediante juicio de valor– al prever el PCAP como circunstancia a evaluar “*la atención inmediata ante cualquier incidencia o solicitud de asistencia*”, se generó confusión en cuanto a la procedencia de incluir el tiempo de respuesta, siendo imputable a dicha circunstancia la concreción de dicho tiempo en la oferta técnica. Prueba de ello es que su oferta técnica había sido valorada positivamente, por dicha razón, en el informe técnico. Además, entiende que lo único que se determina es una estimación media de tiempo de respuesta.

En todo caso, aun de forma subsidiaria, mantiene que la exclusión no opera de forma automática, sino que debe ponderarse atendiendo a criterios de proporcionalidad, siendo que la puntuación obtenida por el eventual adelanto de información respecto del total en este supuesto es mínima.

Solicita medida cautelar de suspensión.

Octavo. El día 13 de abril de 2023 la Secretaría General de este Tribunal, por delegación de éste, dictó resolución de concesión de la medida cautelar consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en los artículos 49 y 56 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), de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 del mismo cuerpo legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

Noveno. En fecha 17 de abril de 2022 la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones, sin haber hecho uso de su derecho.



Décimo. Ha presentado informe el órgano de contratación exponiendo, en apretada síntesis, que la indicación de un número de horas que comporta una reducción en el plazo máximo de respuesta establecido en el pliego técnico tiene la consideración de mejora y el tiempo máximo de respuesta de dos horas que se hace constar en la documentación evaluable mediante juicio de valor es coincidente con el tiempo menor o igual a 120 minutos ofertado como criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula por el recurrente.

Además, mantiene que no se advierte ambigüedad alguna en los pliegos dado que el PPT establece un plazo máximo para facilitar un presupuesto para un servicio de 10 horas, que puede mejorarse, siendo dicha mejora valorada con arreglo a un criterio automático. Por otro lado, el criterio evaluable mediante juicio de valor se refiere a la *“metodología de trabajo para la prestación del servicio”*, sin que la referencia a la *“descripción de los procedimientos empleados para la atención inmediata de cualquier incidencia o solicitud de asistencia durante las reservas”* suponga, en modo alguno, la procedencia de concretar el tiempo de respuesta ofrecido.

Por lo demás, el conocimiento anticipado de un criterio de adjudicación evaluable mediante fórmula con el que pueden obtenerse hasta un máximo de 6 puntos se entiende especialmente relevante, ante la escasa diferencia en las puntuaciones obtenidas por el recurrente y los otros licitadores admitidos a la licitación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso especial se interpone ante este Tribunal que es competente para su resolución, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47.1 de la LCSP.

Segundo. Se recurre el acto de exclusión dictado en el seno de la licitación de un contrato de servicios, cuyo valor estimado supera el umbral de los 100.000 euros previstos en el artículo 44 –apartados 1.a) y 2.b)– de la LCSP. Por consiguiente, se trata de un acto susceptible de recurso especial.



Tercero. La recurrente está legitimada para la interposición del recurso, de conformidad con el artículo 48 de la LCSP, pues se trata de una licitadora excluida del proceso y que pretende ser readmitida al mismo.

Cuarto. Se han cumplido las prescripciones del plazo establecidas en el artículo 50.1.c) de la LCSP, habiéndose presentado el recurso directamente en el Registro Electrónico de este Tribunal.

Quinto. En cuanto al fondo del recurso, cabe adelantar que éste ha de ser desestimado.

La cláusula 7.g) del PCAP, por remisión a la letra l) de su Cuadro de Características, establece con claridad la obligación de presentar tres sobres electrónicos: el sobre nº 1 relativo a la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos; el sobre nº 2 concerniente a la documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor; y, el sobre nº 3 referente a la documentación relativa a los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmulas, así como a la oferta económica.

La recurrente incluyó –dentro del sobre nº 2 de su proposición (página 11)– un diagrama de flujo de trabajo en el que literalmente se recogen estos dos pasos consecutivos: ‘petición de servicio por parte de la empresa’ y ‘respuesta online o máximo 2h según servicio’, en tanto que parte integrante de su oferta a técnica a ponderar en el aspecto “*metodología de trabajo para la prestación del servicio*”; por otro lado, posteriormente y dentro del sobre nº 3 de su proposición (página 1 del Anexo B) que también fue abierto, se comprueba que para el criterio ‘Tiempos de respuesta ante la solicitud de un viaje o para remisión de presupuesto’, se marca la casilla correspondiente a ‘menor o igual a 120 minutos’, coincidencia que –a juicio de este Tribunal– es claro signo del anticipo de información en que incurre aquélla.

Tal proceder afecta al principio de igualdad entre los licitadores que está en la base de nuestro sistema de contratación pública y se enuncia desde el artículo 1 de la LCSP, y supone una infracción directa de los artículos 139.2 y 157.1 de la misma Ley, que disponen que:



“(...) las proposiciones serán secretas y se arbitrarán los medios que garanticen tal carácter hasta el momento de la apertura de las proposiciones (...)” y que “La Mesa de contratación calificará la documentación a que se refiere el artículo 140, que deberá presentarse por los licitadores en sobre o archivo electrónico distinto al que contenga la proposición. Posteriormente, el mismo órgano procederá a la apertura y examen de las proposiciones, formulando la correspondiente propuesta de adjudicación al órgano de contratación, una vez ponderados los criterios que deban aplicarse para efectuar la selección del adjudicatario”.

A ello, debe añadirse el tenor del párrafo del artículo 146.2 de la LCSP que establece que:

“(e)n todo caso, la evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello”,

precepto que viene a incidir en la necesidad de ordenar y compartimentar la valoración de las proposiciones, de modo que no sólo la consideración de los criterios sujetos a evaluación previa ha de preceder a la de los sometidos a evaluación posterior, sino también que la parte de la oferta en que contienen aquellos no puede ser reveladora de aquella otra donde se reflejen éstos.

En efecto, la doctrina de este Tribunal sobre la imposibilidad de desvelar la oferta económica antes del acto de apertura de las ofertas es constante, pudiendo citar, por ser reciente, la Resolución 723/2022, de 16 de junio, donde se razonaba que:

“Sexto. La doctrina de este Tribunal viene insistiendo, desde sus inicios, en la relevancia del principio de igualdad de trato de todos los licitadores (Resolución nº 205/2011, de 7 de septiembre), que implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas estas por la entidad adjudicadora (STJCE de 18 de octubre de 2001 –C-19/00 “SIAC Construction”-).



Correlato del derecho de los licitadores es, como señala igualmente la jurisprudencia del TJUE la obligación de transparencia que recae en las autoridades públicas que celebran un contrato de concesión de servicios, lo que “(...) implica que se garantice, a favor de todo licitador potencial, un grado de publicidad adecuado que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación” (STJCE de 13 de abril de 2010 –C-91/08 “Wall”-).

La transparencia se enuncia como principio angular de la contratación pública en el artículo 1 de la LCSP. Tal carácter se deduce de la reiteración con la que es invocado en nuestra legislación de contratos públicos, puesto que se reitera en el artículo 132.1 de la LCSP (los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación a los principios de transparencia y proporcionalidad) y vuelve a invocarse, en lo que afecta al presente recurso, en el ámbito del procedimiento con negociación, donde se contempla en el artículo 166.2 de la LCSP y en el artículo 84 del RD-Ley 3/2020 cuando dispone que:

(...)

La ubicación del artículo 132 de la LCSP (dentro de la Subsección 1ª - Normas Generales - de la Sección 2ª - De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas - del Capítulo I del Título I - Libro Segundo de la LCSP) es relevante a estos efectos, puesto que encabeza, a modo de formulación general inspiradora del resto de los preceptos contenidos en la Subsección considerada, el conjunto de prescripciones con las que el legislador pretende que los principios de transparencia e igualdad de trato se observen en la licitación, cualquiera que sea el procedimiento elegido por el órgano de contratación.

La reflexión anterior nos permite concluir que el carácter secreto de las proposiciones tiene carácter instrumental respecto de los referidos principios de transparencia e igualdad de trato. La propia enunciación de tal carácter (en el artículo 139.2 de la LCSP) así lo manifiesta sin lugar a dudas.



La doctrina de este Tribunal al respecto no supone una modulación del carácter secreto de las proposiciones, sino el reconocimiento de que es necesario considerar, caso a caso, si existe una verdadera vulneración de tal secreto. Vulneración que no se produce por la mera introducción de información en un sobre diferente a aquel en el que debe incluirse, sino cuando dicha información es suficiente para desvelar, al menos parte de la valoración que, por aplicación de los criterios de valoración establecidos en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, le será atribuida a la proposición (Resoluciones nº 1112/2019, de 7 de octubre; nº 393/2022, de 31 de marzo; nº 505/2022, de 6 de mayo; nº 560/2022, de 13 de mayo o nº 664/2022, de 2 de junio, entre otras). El Tribunal entiende que, en estos casos, el conocimiento anticipado, incluso parcial, de la oferta puede comprometer el juicio de los técnicos encargados de la valoración y, consecuentemente, malograr su objetividad.

En definitiva, y a los efectos que importan a la presente reclamación, nuestra doctrina no pretende establecer una modulación del deber de secreto de las proposiciones a la vista de las particulares condiciones en las que cada tipo de procedimiento de licitación se desenvuelve, sino en determinar en qué supuestos hay una real ruptura de tal deber, que legitima la exclusión. Trasladado el razonamiento al concreto procedimiento que nos ocupa, la cuestión no es la de considerar si, atendidas las particularidades del procedimiento con negociación es posible atemperar las consecuencias de la ruptura del secreto de las proposiciones, sino si se ha producido tal ruptura. El deber de secreto de las proposiciones se formula, como hemos dicho, por el legislador como un instrumento al servicio del principio de transparencia, y no admite otras modulaciones que las que el legislador quiera darle.

Como puede observarse, por tanto, la anticipación de la oferta de uno de los licitadores impide que la negociación pueda desarrollarse con la transparencia e igualdad exigida por los pliegos.

(...)



Dicha valoración de aptitud puede verse contaminada por el hecho de conocer anticipadamente por la entidad contratante el importe de la oferta económica, por lo que el error cometido por la recurrente no pudo calificarse de inocuo en relación a la imparcialidad que debe presidir la actuación de la entidad contratante y para cuyo fin sirve el secreto de la oferta económica y su apertura en acto público.

En consecuencia, habiendo infringido los pliegos y el deber de secreto de las proposiciones, debe desestimarse la reclamación confirmándose la exclusión de la oferta”.

Trasladando esta doctrina al presente supuesto, resulta que –una vez constatado que se anticipado información, según ya se ha expuesto– tal adelanto no puede considerarse irrelevante o intrascendente sino todo lo contrario, en tanto que esa información suministrada a destiempo fue determinante –a la postre– de la adjudicación, ni tampoco puede concluirse que sea debido al modo en que los Pliegos fueron redactados, habida cuenta de que –a diferencia de lo que postula la parte actora– no se aprecia la tacha de ambigüedad en su tenor (conforme a lo razonado en Resolución 287/2019, de 25 de marzo, de este Tribunal, y las que en se ella se aluden).

En consecuencia, como acertadamente pone de manifiesto el órgano de contratación, siendo dichos pliegos firmes y consentidos, ha de estarse a lo regulado en ellos en cuanto al modo de confeccionarse las ofertas y, toda vez que se ha comprobado que la conducta de la mercantil actora los ha vulnerado en ese aspecto, lo relevante es si con ello, se ha visto afectado al secreto de la proposición como herramienta esencial al servicio del principio de igualdad, siendo afirmativa tal respuesta según ya se ha apuntado.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Desestimar el recurso interpuesto por D. A.C.P., en representación de VIAJES



TRANSVIA TOURS, S.L. contra el acto de exclusión de la licitación convocada por la Autoridad Portuaria de Valencia para contratar el “*servicio de agencia de viajes*”.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.

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 58 de la LCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y, contra la misma, cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicho orden jurisdiccional 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.

LA PRESIDENTA

LOS VOCALES