



Recurso nº 187/2011

Resolución nº 226/2011

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

En Madrid, a 15 de septiembre de 2011.

VISTO el recurso interpuesto por D. M.F.G.B en nombre y representación de VIAJES ZOETROPE, S.A. contra el acuerdo de la Dirección General del IMSERSO, por la que se acordó adjudicar el procedimiento abierto nº 7/11, para la contratación de los servicios de organización, gestión y ejecución del programa de vacaciones para mayores y para el mantenimiento del empleo en zonas turísticas durante las temporadas 2011/2012 y 2012/2013 a la U.T.E. MUNDOSENIOR -el recurso se extiende a los lotes 1, 2 y 3, excluyendo el 4-, el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:.

De acuerdo con los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. La Dirección General del IMSERSO anunció la licitación pública, por procedimiento abierto, varios criterios y varios lotes, para la contratación mencionada.

Segundo. El 10 de junio de 2011, a la vista de la diferencia de ofertas en el **lote 3**, la mesa de contratación valoró, en principio, como desproporcionada o anormal la oferta económica presentada por el recurrente. El 13 de junio de 2011 se le requirió para que justificara y acreditara de manera pormenorizada la oferta, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables. A este requerimiento se contestó el 17 de junio por la recurrente.

El 30 de junio de 2011, la mesa de contratación propuso la exclusión del recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 136 de la LCSP, tras la valoración de la justificación dada al valor anormal o desproporcionado de la oferta presentada al lote 3,

apoyándose en el informe encomendado en su acuerdo de 21 de junio. Contra el mencionado acuerdo la representación de VIAJES ZOETROPE, S.A presentó recurso ante este Tribunal el 21 de julio de 2011 que se ha tramitado con el número 168/2011, y en el que en fecha 14 de septiembre de 2011 se ha dictado Resolución desestimatoria, confirmándose la exclusión del lote 3.

Tercero. El 26 de julio de 2011 la Dirección General del IMSERSO adjudicó el contrato en todos los lotes –incluido el lote 3- lo que se notificó el mismo día al recurrente quien se mantenía como licitador en los lotes 1 y 2. Contra el mencionado acuerdo la representación de VIAJES ZOETROPE, S.A presentó recurso ante este Tribunal el 10 de agosto, en el recurso se solicita la declaración de nulidad de la resolución pretendiendo además que la mesa le reconozca el derecho a ser adjudicataria de los tres lotes cuestionados, ejercitando su pretensión revocatoria respecto de los tres lotes.

Cuarto. La Dirección General del IMSERSO remitió a este Tribunal una copia del expediente de contratación acompañado del oportuno informe.

Quinto. El Tribunal en sesión de fecha 24 de agosto de 2011 acordó mantener la suspensión automática producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 315 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Sexto. La Secretaría del Tribunal, dio traslado del recurso a la otra empresa que había participado en la licitación, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaba oportuno, formulase las alegaciones que a su derecho conviniesen, constando en el recurso tales alegaciones.

A los anteriores antecedentes les resultan de aplicación los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso, se interpone contra el acuerdo de la Mesa de Contratación de la Dirección General del IMSERSO, de 26 de julio de 2011, por el que se adjudica el contrato en todos sus lotes, correspondiendo a este Tribunal su resolución de conformidad con el artículo 311.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, al estar integrada la citada Dirección General en el ámbito de la Administración General del Estado.

Segundo. El acto recurrido es el acuerdo de adjudicación de la Dirección General del IMSERSO, por lo que el recurso ha sido interpuesto contra acto recurrible de conformidad con lo establecido en el artículo 310.1.b) y 2.c) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público –LCSP en adelante-.

El recurso se presentó ante este Tribunal el 12 de agosto de 2011, dentro del plazo legalmente previsto para ello (artículo 314.2 de la LCSP).

Tercero. La legitimación activa en este recurso encuentra su fundamento en el artículo 312 de la LCSP que reconoce la legitimación en aquellos cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso.

En el presente recurso, el objeto está constituido por la adjudicación del contrato en sus cuatro lotes de modo que existen cuatro adjudicaciones, pues cuatro son los objetos del contrato al estar fraccionado conforme resulta del artículo 74 de la LCSP. La existencia de lotes tiene relevancia a los efectos de licitación y adjudicación, así resulta del tenor del artículo 93.2 de la LCSP, de modo que la adjudicación es separada por lotes como lo es la licitación y valoración de los mismos.

Justificada la existencia de cuatro lotes y por tanto de cuatro adjudicaciones en el acuerdo recurrido, el recurrente no tendría legitimación para impugnar el lote 4 –lo que no hace- pues no ha concurrido a la licitación, pero tampoco la tiene para el lote 3 y ello porque previamente a la adjudicación fue excluido del procedimiento al considerarse su baja desproporcionada o anormal. De modo que, separado del procedimiento respecto del lote 3, no puede mantenerse en el procedimiento a través del recurso, pues aun en la hipótesis de que fuera estimado el recurso respecto de este lote no supondría ello derecho alguno a que se le adjudicase el contrato en este lote como se pretende pues está excluido, resulta que el interés del recurrente para este lote no pasa de un interés de legalidad, que no puede encontrar amparo en este Tribunal.

La tutela de los derechos e intereses del recurrente frente al lote 3 se encuentra debidamente reconocida en el recurso que interpuso frente a la exclusión que se tramita con número 168/2011, de manera que en el supuesto de que se estimara su pretensión

de anulación de la exclusión, recuperaría su derecho a ser valorado y en su caso adjudicado.

En otro orden de cosas, los razonamientos que se exponen en el recurso no diferencian lotes de manera que el análisis de fondo se mantiene no obstante la inadmisión del recurso frente al lote 3.

De lo expuesto resulta la **inadmisión del recurso** frente a la adjudicación del **lote 3**, manteniéndose para el lote 1 y 2.

Cuarto. La pretensión de anulación del recurrente se dirige frente al acuerdo del órgano de contratación por el que se adjudica el contrato a otro licitador. Los argumentos en apoyo de la anulación del recurrente son, por orden de aparición en el recurso, los siguientes:

1. Discriminación del recurrente, con vulneración del principio de igualdad, al tiempo de la valoración de los criterios objetivos relativos a oferta hotelera, comercialización, transporte, animación socio cultural, asistencia sanitaria, aseguramiento de usuarios y precios.
2. Que existieron en el proceso de contratación conversaciones entre representantes de un licitador y personal del IMSERSO, transcripciones parciales de documentos y otras actuaciones que evidenciarían, a su juicio, una actuación directamente dirigida a perjudicar al recurrente.

Quinto. Comenzando con la vulneración del principio de igualdad, el recurrente construye su argumentación sobre la afirmación de que el órgano de contratación ha ido variando la interpretación de los pliegos de manera tal que el resultado de la valoración le ha perjudicado. Este planteamiento es manifestación del principio de igualdad en la aplicación de la ley reconocido por la doctrina del Tribunal Constitucional que prohíbe que para presupuestos iguales se aplique la norma de forma distinta, siendo de todos admitido que ante iguales supuestos, iguales han de ser las consecuencias.

Para admitir la existencia de discriminación es necesario como hemos dicho que los supuestos sean asimilables, lo que en este caso no sucede, pues es pacífico a la vista de

las alegaciones de todas las partes implicadas que las proposiciones se han presentado de forma diversa resultando en algún caso complejo la comparación de las proposiciones. No obstante las diferencias de forma en las ofertas, el órgano de contratación está obligado a comparar los criterios de manera tal que se haga efectiva la máxima de buscar la oferta económica más ventajosa, superando las deficiencias de redacción o presentación de las ofertas. Junto a esta obligación no podemos pasar por alto la responsabilidad del licitador al tiempo de formular su proposición, debiendo hacerlo de modo tal que facilite su valoración, hasta el punto de que cuanto más complejos son los criterios mayor es la necesidad de cuidar la presentación de las proposiciones.

Aun cuando el recurso sostiene que la interpretación que del pliego hace el órgano de contratación vulnera el principio de igualdad, lo cierto es que admite que la interpretación del pliego es común para uno u otro licitador, de modo que el debate se desplaza desde la interpretación distinta a la interpretación contraria al pliego. En cualquier caso analizaremos la interpretación del pliego y la aplicación de los criterios interpretativos.

Sexto. La discriminación se concreta en el recurso en una serie de criterios, los vemos separadamente, que se presentan en los ordinales primero a séptimo.

En relación al criterio objetivo “**hoteles**”, se estructura en cuatro puntos.

En el primer punto, se sostiene que el adjudicatario no dispone de las plazas ofertadas, lo que justifica en ciertas discrepancias con lo que el adjudicatario afirma en Asistencia Sanitaria, discrepancias que no permiten alcanzar la conclusión del recurrente, pues como sostiene el órgano de contratación la oferta de plazas hecha por el adjudicatario cuenta con el respaldo de los contratos que permitirían en su caso la ampliación y además los errores serían valorables en el apartado de Asistencia Sanitaria.

El segundo punto es el concerniente a categoría de los hoteles ofertados, el pliego dispone: “*se valorará con la puntuación máxima al licitador que oferte mayor número de **plazas** en hoteles de categoría superior a tres estrellas...*”.

El recurrente considera que debe interpretarse de manera tal que las plazas no lo sean en un día determinado sino en cómputo global. El concepto plaza es fundamental en el contrato en la medida en que las ofertas de los licitadores deben ser de plazas, que a su

vez se distribuyen en cada lote según distintos destinos ya comprendan estos más o menos estancias, así resulta relevante de lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares, páginas 4 y siguientes. Cuando el pliego quiere utilizar el concepto estancia lo hace expresamente y así sucede en la página 12 a propósito de las penalizaciones por incumplimiento de estancias, cláusula 14.4. Por otra parte, los modelos de proposiciones son claros en este concepto, véase página 30 y siguientes del pliego de cláusulas administrativas particulares donde la oferta es por plazas y las casillas de estancias ya vienen completas. No podemos pasar por alto la finalidad del contrato y su promoción en la que la oferta de plazas es el objetivo, de modo que los destinatarios optan a plazas y no a estancias pues obtenida la plaza ésta no es fraccionable. Esta cuestión queda expuesta en el pliego de prescripciones técnicas, en concreto páginas 8 y siguientes donde la oferta se explica en plazas. En conclusión, la interpretación de la mesa de contratación se ajustó a los pliegos y demás documentación siendo acorde con la finalidad del contrato.

En tercer lugar, en lo que concierne a las localidades ofertadas manifiesta que existe un error de localidades debiendo figurar 15 en vez de las 14. De este error no se da justificación sin que tampoco el informe de la mesa de contratación arroje una respuesta a este posible error.

En cuarto lugar en cuanto al cómputo de plazas accesibles, el recurrente reitera la argumentación de que debe tenerse en cuenta estancias y no plazas, lo que como hemos visto debe ser rechazado.

Séptimo. En relación al criterio objetivo **comercialización** los puntos a examinar en la valoración, según el pliego de cláusulas administrativas particulares, deben ser tres, el número de puntos de venta ofertados, la distribución geográfica y la comercialización por Internet. Pero lo relevante no ha sido la valoración pues la mesa descartó la valoración por deficiencias en la proposición, para los dos primeros puntos, valorando el tercero.

En este criterio **-comercialización-** se destacan una serie de deficiencias en la proposición del recurrente apreciadas en el informe de valoración en su página 21, donde se concluye que: *“La oferta de Viajes ZOETROPE no cumple con todas las exigencias contenidas en los pliegos, ya que no indica información alguna sobre el sistema a utilizar*

para facilitar la adquisición del documento de viaje a los residentes en poblaciones inferiores a 20.000 habitantes”.

Pese a las deficiencias se procede a valorar los tres puntos.

Extractamos la siguiente frase de valoración –final de la página 22-: *“Este análisis ha sido muy dificultoso y no podemos afirmar que, después de esta depuración, todavía continúen existiendo puntos de venta duplicados, o puntos de venta que actualmente no estén abiertos al público”.*

Se añade a continuación: *“No obstante lo anterior y a resultas de lo que considere la Mesa de Contratación, se ha realizado el análisis de los datos obtenidos de la depuración efectuada”.*

Más adelante se añade: *“Por tanto, se puede indicar que los dos licitadores ofertan los puntos de venta exigidos”.*

Pese a ello en la valoración no se da puntuación alguna al recurrente, lo cual no tiene amparo en el pliego pues no habiéndose dicho que sea contraria al pliego la documentación procede su valoración en similares términos a lo que sucede para otros puntos de valoración. Es más la única tacha que se hace constar en las páginas 19 y 21 del informe técnico de comercialización se refiere a las localidades de menos de 20.000 habitantes, diciéndose que no se indica información sobre el sistema a utilizar para facilitar la adquisición del documento a los viajeros. Ante esta situación se solicitó informe a los Servicios Informáticos que concluyen que la adjudicataria sí cumple con las exigencias del pliego, ahora bien respecto de la recurrente añade: *“No obstante es importante señalar que por parte de la Empresa VIAJES ZOETROPE, S.A., se hace constar en el último párrafo de la página 3 de su Oferta Técnica, “El actual sistema existente se adaptara desarrollando nuevos módulos y funcionalidades para cubrir todas la necesidades específicas del Programa IMSERSO”.*

De esta conclusión del servicio informático no puede deducirse que la oferta no se ajuste al pliego pues no hay diferencia sustancial con la del otro licitador, y es más, lejos de afectar al punto 1.2.3. se utiliza para no admitir valoración en los puntos 1.2.1. y 1.2.2. lo que se aparta del informe técnico.

A la vista de lo expuesto consideramos que la no valoración por la mesa de contratación de los puntos 1.2.1. y 1.2.2. se aparta de los pliegos, por lo que la mesa debía haberlos valorado.

De ser valorados estos dos puntos la puntuación máxima a obtener podría haber alcanzado la cifra de 9 puntos, lo que no hubiera afectado a la puntuación final, de manera que, si bien existe una deficiente valoración, ésta no justifica la necesidad de estimar el recurso pues en ningún caso supondría que el contrato debiera adjudicarse al recurrente.

Octavo. En lo que atañe al **transporte**, la oferta del recurrente no fue valorada por limitarse a un año. No se niega por el recurrente que su oferta lo fuera de solo un año ni que debiera haberlo sido para dos, por lo que se centra en un posible trato de favor ya que la proposición del adjudicatario adolecía de algunos errores. Como se expone en el informe de la Administración recurrida la documentación –pliego de prescripciones técnicas, cláusula 6.5.- exigía diferenciar por años por lo que no cabía extender la oferta de un año a otro.

En cuanto a los errores de la oferta del adjudicatario consistirían en no haber completado en un Anexo informático determinados campos, la superación de tales errores se ha hecho por examen de la copiosa documentación presentada por cada licitador, habiéndose examinado de igual manera una y otra documentación según resulta del informe de valoración de transporte en sus páginas 10 y siguientes, por lo que no existe trato discriminatorio.

Buena prueba de la falta de discriminación la encontramos en la siguiente afirmación del informe de valoración de transportes, en su página 14, en el que se dice:

“Por otra parte, se ha observado que los planes de transporte, tanto la UTE MUNDOSSENIOR como VIAJES ZOETROPE, presenta desajustes con respecto a lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, en cuanto a horarios, aeropuertos de salida (UTE MUNDOSSENIOR, 2 desajustes) y en cuanto a horarios y servicios en ruta (VIAJES ZOETROPE 74 desajustes), que la empresa adjudicataria de cada lote deberá

modificar antes de aprobar el plan de transportes definitivo, de acuerdo con lo señalado en el párrafo penúltimo de la cláusula 6.5 del Pliego de Prescripciones Técnicas”.

Noveno. Al tiempo de analizar el criterio de **animadores** se argumenta que la oferta del adjudicatario no se ajusta al pliego y se discrepa de la forma de cálculo. Visto el informe de valoración se advierte que en el mismo, no obstante las deficiencias, se procede a aplicar los criterios de valoración para los 179 animadores ofertados por el licitador en los mismos términos que ha sido valorado el adjudicatario.

Décimo. En cuanto a la **asistencia médica** se imputa a la Administración no haber tenido en cuenta que la oferta del recurrente era por fracciones de manera que debe ser mejor valorado el recurrente que el adjudicatario, a tal fin se procede a calcular cada una de las fracciones propias y ajenas, concluyendo que su propuesta es merecedora de mejor puntuación.

Examinado el informe de valoración y viendo el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares resulta que la valoración debe ser del mayor número de horas de médicos y ATS-DUE, de acuerdo con el pliego de prescripciones técnicas, señalando éste que el número de horas será por cada 200 personas o fracción, por lo que el licitador debe proponer un número sin realizar el cálculo que ya resulta embebido en la propuesta.

Decimoprimer. En el **aseguramiento de usuarios** se sostiene que no se han valorado como centros médicos las consultas de médicos y que se han excluido los centros no ubicados en las provincias del programas, y que respecto de los medios humanos no se ha considerado toda la plantilla de SANITAS.

El criterio empleado por el órgano de valoración ha sido el mismo para uno y otro licitador, por lo que no existe discriminación, encontrando la interpretación de la mesa su apoyo en lo dispuesto en ambos pliegos.

Decimosegundo. Respecto de la valoración del **precio** se critica la oferta del adjudicatario al no respetar la regla de proporcionalidad en la baja del precio. Respecto de la proporcionalidad el pliego de cláusulas administrativas señala que debe ser entre origen y destino conforme al pliego de prescripciones técnicas. Conviene recordar que la proporción no afecta a la valoración como resulta del cuadro resumen de valoraciones.

No puede admitirse la interpretación del recurrente que anularía la capacidad del licitador de “proponer” la distribución, pues de aceptarse su posición la rebaja en el precio conllevaría un automatismo que negaría la propuesta. De este modo, como señala en su informe la Administración recurrida, lo relevante es respetar la proporción entre origen y destino, con el propósito de que no se perjudique/beneficie ningún origen/destino, se trataría de respetar la equivalencia prevista en el anexo I del pliego de prescripciones técnicas, pudiendo optar el licitador entre una u otra estancia.

Decimotercero. Se argumenta en el recurso que han existido una serie de deficiencias que conllevarían que la valoración ha estado dirigida a perjudicar al recurrente. Comenzamos con estas deficiencias. La primera es la relativa a una “transcripción parcial” del pliego en el acta, lo que no pasa de ser un simple error de transcripción pues el acta de la mesa no es sino reflejo del acuerdo de la mesa, y las citas normativas o documentales pasan a un segundo plano frente a lo acordado, esto se evidencia en el caso examinado donde si bien es cierto que la transcripción no es completa, la valoración y justificación que refleja el acta se adecua íntegramente y no de modo parcial a la documentación contractual y a la ley.

Otro de los argumentos vinculados a las deficiencias, presentado al inicio del escrito de recurso y que no se desarrolla con posterioridad, consistiría en que supuestamente el adjudicatario le dijo a un empleado del órgano de contratación cómo valorar las proposiciones en un pasillo y de modo notorio. En este punto destacamos que la mesa como órgano de contratación actúa como órgano colegiado y se expresa a través de sus acuerdos de forma expresa, siendo esta actuación la que se fiscaliza vía recurso. En el supuesto denunciado nada se imputa a la Administración pues el comentario lo hizo un representante del adjudicatario y no un miembro de la mesa, por otra parte el comentario, aun pudiendo ser cierto, no tiene ningún contenido de perjuicio pues no deja de ser la opinión de un participante en el proceso, a pesar de que el licitador señala que ello le ha perjudicado lo cierto es que como hemos analizado más arriba se valoró toda la documentación.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Inadmitir el recurso respecto de los lotes 3 y 4, admitiéndolo respecto del resto de lotes. Desestimar el recurso interpuesto interpuesto por D. M.F.G.B en nombre y representación de VIAJES ZOETROPE, S.A. contra el acuerdo de la Dirección General del IMSERSO, por la que se acordó adjudicar el procedimiento abierto nº 7/11, para la contratación de los servicios de organización, gestión y ejecución del programa de vacaciones para mayores y para el mantenimiento del empleo en zonas turísticas durante las temporadas 2011/2012 y 2012/2013 a la U.T.E. MUNDOSENIOR, confirmando el acuerdo de adjudicación de la Dirección General del IMSERSO.

Segundo. Levantar la suspensión automática prevista en el artículo 315 de la Ley de Contratos del Sector Público, al amparo de lo dispuesto en el artículo 317.4 de la citada Ley.

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 317.5 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

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, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.