



Recurso nº 244/2014

Resolución nº 325/2014

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

En Madrid, a 25 de abril de 2014.

VISTO el recurso interpuesto por D. R.F.F., obrando en nombre de la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGENCIAS DE VIAJES (CEAV), contra el pliego de prescripciones técnicas del procedimiento abierto para la contratación de los servicios de agencias de viajes en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y de sus organismos dependientes, expediente de contratación 2014/401PA001, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Que deseando contratar la prestación de los servicios habituales de agencias de viajes que se detallarán posteriormente, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales y de Igualdad aprobó con fecha 18 febrero 2014 los pliegos de prescripciones técnicas y de cláusulas administrativas para la contratación del servicio integral de gestión, en relación con los viajes nacionales e internacionales que se realicen con a los presupuestos del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y sus organismos dependientes, mediante procedimiento abierto.

Segundo. El valor estimado del contrato se fijó en 4.603.596,29 €.

Tercero. El anuncio de licitación fue publicado en la Plataforma de Contratación del Estado el día 5 de marzo de 2014.

El día 8 de marzo de 2014 se volvió a publicar el mismo anuncio en el Boletín Oficial del Estado.



Cuarto. Dentro del plazo establecido para la presentación de ofertas cuatro licitadores manifestaron su interés presentando la oportuna documentación: VIAJES HALCÓN S.A.U., VIAJES BARCELÓ S.L. (bajo la comercial BCD), VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A e INTEGRACIÓN DE AGENCIAS DE VIAJES S.A (IAG7 S.A.).

Quinto. El día 26 de marzo de 2014 tuvo entrada en el registro general del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas recurso ante el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales interpuesto por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA AGENCIAS DE VIAJES contra la cláusula 3.1 del pliego de prescripciones técnicas que rige el antes mencionado procedimiento de contratación.

El escrito no tuvo entrada en el registro del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales hasta el día siguiente, 27 de marzo de 2014.

En la súplica del mencionado escrito solicita que se anule parcialmente dicha cláusula 3.1 del pliego de prescripciones técnicas, eliminando la previsión de que la agencia de viajes adjudicataria no aplique cargo de emisión alguno cuando se utilice el servicio de reserva, confirmación y emisión de títulos de transporte.

También solicita, como medida provisional, la suspensión del procedimiento de contratación y, por tanto, de la fecha prevista para la apertura de ofertas (el 9 de abril de 2014 a las 12 horas).

Sexto. Con fecha 10 de abril de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió desestimar la solicitud de medida provisional.

Séptimo. El día 9 de abril de 2014 se notificó a todos los licitadores la posibilidad que la ley les concede de formular alegaciones, trámite que ha sido evacuado por las sociedades VIAJES HALCÓN S.A.U, VIAJES EL CORTE INGLÉS S.A y VIAJES BARCELÓ S.L.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Argumentos de las partes

1.- Del recurrente

La asociación recurrente impugna exclusivamente la cláusula 3.1. del pliego de prescripciones técnicas. No lo hace en su totalidad sino tan sólo en cuanto que la misma establece que la empresa adjudicataria realizará el servicio de reservas, confirmación y emisión de todos los títulos de transportes “sin aplicar cargo de emisión alguno”.

Considera que la venta de títulos de transporte constituye al menos el 65% de la facturación que va a derivar del contrato y que, en la actualidad, las compañías de transporte no admiten cobros por intermediación en la venta de billetes basados en comisiones, de manera que los beneficios que pueden producirse por esta actividad sólo provienen de los posibles cargos por emisión a cobrar por la agencia de viajes al cliente.

Asimismo, pese a que reconoce que el pliego exige a todos los contratistas la utilización de las tarifas más ventajosas, entiende que esta previsión contractual no puede aplicarse en la práctica.

Partiendo de las anteriores premisas defiende que la prohibición de aplicar cargos de emisión por el servicio de reserva, confirmación y emisión de títulos de transporte beneficia a aquellas empresas que, o bien renuncien a obtener beneficios por la emisión de títulos de transporte, o aquellas en las que se produzca una integración vertical que integre a una aerolínea o que alcance la rentabilidad en base a acuerdos preferenciales con sus proveedores que le aseguren ingresos en base al volumen de operaciones.

Concluye que se produce una infracción de los artículos 1, 87.1 y 117.2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en lo sucesivo) en cuanto que no se produciría el acceso en condiciones de igualdad a los licitadores porque el concurso abierto se convertiría en un concurso restringido de facto, pues sólo las agencias integradas verticalmente podrían acceder a la adjudicación.

2. De la Administración

En sus alegaciones la administración opone la extemporaneidad del recurso conforme al artículo 44 del TRLCSP, la falta de legitimación activa de la asociación recurrente por no constar los estatutos de la misma ni la adopción del acuerdo para interponer el recurso por parte del órgano competente y, por último, la falta de fundamento jurídico en cuanto al fondo del asunto porque:

- En los procedimientos anteriores de contratación del mismo servicio las cuatro empresas licitadoras, todas ellas empresas de viajes con gran volumen de negocio y amplia implantación, ya ofrecían un 100% de descuento en los cargos de emisión de títulos de transporte aéreo y tres de ellas igualmente ofrecían un 100% de descuento en los cargos de emisión de billetes de tren. Por ello se interpretó que, dado que las propias agencias de viajes interesadas en la licitación venían admitiendo esta condición, se podía obviar como criterio de selección, introduciendo otros criterios que, dentro de un contexto de igualdad de trato a los licitadores, pudieran dar algún valor añadido a la gestión del contrato y un mayor beneficio al Ministerio y sus Organismos.
- En el procedimiento negociado urgente convocado en junio de 2013 tras el concurso de acreedores que afectaba a la empresa que en ese momento era adjudicataria del servicio, ya se incluyó como cláusula obligado cumplimiento la no aplicación de cargo alguno por emisión de billetes, presentando ofertas varias agencias de viajes sin formular ninguna reclamación al respecto.
- Esto mismo ha sucedido en procedimientos abiertos concluidos sin ninguna incidencia por otros Ministerios.

Segundo. Competencia del Tribunal

Este Tribunal es competente para conocer del recurso interpuesto de conformidad con el artículo 41.1 del TRLCSP.

Los pliegos son susceptibles de este recurso especial de conformidad con lo que dispone el artículo 40 apartados 2.a) en relación al 1.b) del TRLCSP.

Tercero. Legitimación activa

Según el artículo 42 del TRLCSP: *“Podrá interponer el correspondiente recurso especial en materia de contratación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de recurso”*.

La entidad recurrente se encuentra legitimada para interponer el recurso de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42 del TRLCSP antes transcrito. En este sentido basta recordar la consolidada doctrina de este Tribunal en el que, interpretando el anterior artículo 312 de la Ley de Contratos del Sector Público, pone de manifiesto la clara relación de ese precepto con el artículo 31 de la Ley 30/1992, aunque el legislador haya sido deliberadamente menos concreto con la finalidad de cumplir de manera escrupulosa las exigencias de las Directivas comunitarias en materia de recursos. De esta forma, como se afirma en la Resolución 88/2011: *“No parece que la intención del legislador haya sido restringir la legitimación para interponer este recurso sino que, antes al contrario, su intención ha sido extenderla a cualquier persona cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en el recurso.*

Este y no otro es el criterio del legislador tanto en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común como en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional ha precisado el concepto de interés legítimo de manera que abarca casos como el presente. En efecto, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 mayo 2008 expone lo siguiente: “Para resolver la cuestión de la legitimación y como reconocen las partes, debe tenerse en cuenta que en el orden Contencioso-Administrativo, superando el concepto de interés directo a que se refería el art. 28 de la Ley de Jurisdicción de 1956, viene determinada por la invocación en el proceso de la titularidad de un derecho o interés legítimo [art. 24.1 CE. y art. 19.1.a) Ley 29/98] que suponga una relación material entre el sujeto y el objeto de la pretensión, de manera que la estimación del recurso produzca un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de revestir un contenido patrimonial (S. 29 -6-2004).

Como señala la sentencia de 19 de mayo de 2000, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo», utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de «interés directo», ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico

(sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1990), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento (SSTS de 4 de febrero de 1991, de 17 de marzo y 30 de junio de 1995 y 12 de febrero de 1996, 9 de junio de 1997 y 8 de febrero de 1999, entre otras muchas; SSTC 60/1982, 62/1983, 257/1988, 97/1991, 195/1992, 143/ y ATC327/1997)."

En este supuesto en concreto, la recurrente es una asociación representativa de intereses colectivos de las agencias de viaje, por lo que parece claro que en defensa del interés colectivo del sector pueda impugnar el pliego de prescripciones técnicas que rige la contratación de estos servicios.

Cuarto. Requisitos de actividad: anuncio del recurso y plazo de interposición.

A) Anuncio del recurso

El recurso fue anunciado el día 20 de marzo de 2014, tal y como exige el artículo 44 apartado 1 y 4.e) del TRLCSP.

B) Plazo de presentación

De acuerdo con el artículo 44.2 TRLCSP:

"2. El procedimiento de recurso se iniciará mediante escrito que deberá presentarse en el plazo de quince días hábiles contados a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el art. 151.4.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior:

a) *Cuando el recurso se interponga contra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el art. 158 de esta Ley.”*

A su vez, el artículo 158 TRLCSP regula los plazos atendiendo a dos posibles supuestos. Uno consiste en que los pliegos pueden ponerse a disposición de los licitadores por medios electrónicos, informáticos o telemáticos; el otro, que ello se haga por otros medios, lo cual ha sido el sistema tradicional.

En este sentido, sobre el plazo para interponer el recurso especial contra los pliegos cuando el acceso a ellos, como es el caso, se ha facilitado por medios electrónicos, procede traer a colación nuestra Resolución 534/2013 de 22 de noviembre, recurso 701/2013, en la que este Tribunal asume el criterio manifestado por la Audiencia Nacional (Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, recurso 264/2011) en su sentencia de 30 de octubre de 2013, con arreglo al cual en supuestos como el que se examina, el *dies a quo*, o momento inicial en el cómputo del plazo de 15 días para interponer recurso especial contra los pliegos no es, como venía entendiendo el Tribunal por razones de seguridad jurídica, el día en que expiraba el plazo para presentar las proposiciones, sino el día en que tiene lugar la publicación de los anuncios de licitación, pues desde esa fecha pudo el interesado recoger el pliego en el lugar indicado en los anuncios.

No obstante, se plantea el problema de determinar cuál es ese día cuando, como en este caso, los pliegos han sido puestos a disposición de los licitadores por medios telemáticos en una fecha (5 de marzo de 2014) y, posteriormente, se anuncia el procedimiento de licitación en el Boletín Oficial del Estado (8 de marzo de 2014).

Siguiendo el criterio sentado por la Audiencia Nacional en la anteriormente citada sentencia, entendemos que en este caso el día de publicación en el BOE, el 8 de marzo de 2014, es el de inicio del cómputo. Este criterio es el que proporciona una mayor tutela acorde con el artículo 24 de la Constitución Española.

En consecuencia, el plazo de quince días hábiles concluía el día 28 de marzo de 2014.

El recurso tuvo entrada en el registro de este Tribunal el día 27 de marzo de 2014, conforme a lo que establece el artículo 44.3 TRLCSP¹.

Por lo tanto, el recurso fue interpuesto dentro del plazo legalmente establecido, sin que quepa inadmítirlo por esta causa.

Quinto. Examen del fondo del asunto

Para resolver la cuestión de fondo que plantea el recurrente es necesario exponer el contenido global del contrato, examinar en este contexto global la cláusula 3.1 del pliego de prescripciones técnicas y contrastarla con los artículos del TRLCSP que se invocan.

El pliego tiene por objeto facilitar información sobre el transporte proyectado, la reserva y expedición de títulos de viaje por cualquiera de los medios de transporte disponibles, las gestiones para la obtención de visados, la reserva de habitaciones de hotel y el alquiler de vehículos con o sin conductor (Cláusula 1). También se prevé que el posible alquiler de salas de reuniones y otros servicios (Cláusula 3.4). Se pone a disposición de la entidad adjudicataria un espacio adecuado y suficiente para la realización de estos servicios en varias sedes del ministerio y organismos dependientes (Cláusula 7.1). Los gastos del local y el mobiliario no especificó corren de cuenta de la Administración. Asimismo se permite que el personal adscrito al departamento pueda acceder a dicha oficina de la agencia de viajes a adjudicataria para contratar cualquier tipo de servicio que le puede de interés particular (Cláusula 12).

Dentro de este contexto, la cláusula 3.1. establece²:

“3.1. Títulos de transporte.

- *El adjudicatario garantizará en su oferta la posibilidad de viajar por cualquiera de los medios existentes.*
- *La empresa adjudicataria atenderá y realizará el servicio de reserva, con afirmación y emisión de todos los títulos de transportes que el Ministerio y sus Organismos*

¹ “(...) 3. La presentación del escrito de interposición deberá hacerse necesariamente en el registro del órgano de contratación o en el del órgano competente para la resolución del recurso.”

² Se transcriben en negrita la partes de las cláusulas que son más relevantes.



dependientes soliciten para los destinatarios a los que se refiere la cláusula dos, tanto para viajes nacionales como internacionales. **Por estos servicios, la agencia de viajes no aplicará cargo de emisión alguno.**

- La emisión de billetes se realizarán de acuerdo a las siguientes condiciones:
 - (...) **se garantizará la utilización de las tarifas más ventajosas**, aplicando a los precios los descuentos o mejoras que se deriven de los acuerdos que hayan suscrito o pueda suscribir con empresas, compañías o entidades de transporte u hoteleras de acuerdo con la oferta presentada en el procedimiento de licitación.
 - Los viajes se contratarán de acuerdo con los medios habituales empleados en la gestión de este tipo de servicios, emitiéndose siempre billete electrónico, preferentemente en línea regular, en la clase, tarifa y condiciones reguladas en las instrucciones aprobadas al efecto, dando preferencia a las compañías con las que se hayan suscrito convenios, acuerdos, conciertos y similares, **siempre y cuando éstos ofrezcan las tarifas más ventajosas (...)**

Para asegurar el efectivo cumplimiento de las obligaciones del contratista conforme a lo establecido en el pliego de prescripciones técnicas se establece en la Cláusula 9 lo siguiente:

“9.- Comprobación de los servicios

(...)

Asimismo, la administración podrá, en todo momento, inspeccionar la realización de los servicios contratados, comunicando a la empresa adjudicataria las anomalías observadas que podrán ser subsanadas por esta.

Serán rechazados los servicios y por tanto no abonados sus correspondientes devengos, que no cumplan los requisitos establecidos en este pliego.”

Con la misma finalidad se establecen **obligaciones de información periódica** en la cláusula 11 de los pliegos.

Los preceptos del TRLCSP que el recurrente considera infringidos son los siguientes³:

“Artículo 1. Objeto y finalidad

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos, y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa. (...)”

“Artículo 87. Precio

1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. Los órganos de contratación cuidarán de que el precio sea adecuado para el efectivo cumplimiento del contrato mediante la correcta estimación de su importe, atendiendo al precio general de mercado, en el momento de fijar el presupuesto de licitación y la aplicación, en su caso, de las normas sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados.”

“Artículo 117. Reglas para el establecimiento de prescripciones técnicas

(...)

2. Las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia.(...)”

Tal y como se ha expuesto en el fundamento de derecho primero apartado 1 de esta resolución la tesis del recurrente en se funda en tres afirmaciones, a saber: a) que la venta de

³ Se subraya la parte del precepto en la que funda su pretensión de anulación

títulos de transporte constituye la parte esencial de la contraprestación derivada del contrato; b) que en la actualidad las compañías de transporte no admiten cobros por intermediación de la venta de billetes basados en comisiones; c) que aunque el pliego exige a todos los contratistas la utilización de las tarifas más ventajosas no es posible que la Administración asegure el cumplimiento efectivo de esta obligación.

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

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

Empezaremos por examinar la falta de prueba de las premisas.

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

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

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

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

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

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación.

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

Primero. Desestimar, por los argumentos de la presente resolución, el recurso interpuesto por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE AGENCIAS DE VIAJES (CEAV), contra el pliego de prescripciones técnicas del procedimiento abierto para la contratación de los servicios de

agencias de viajes en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y de sus organismos dependientes, en el expediente de contratación 2014/401PA001.

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

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente 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.