



Recurso nº 364/2014

Resolución nº 427/2014

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 30 de mayo de 2014

VISTO el recurso interpuesto por D. J.C.G.M., actuando en calidad de apoderado de VIAJES BARCELÓ S.L. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares del procedimiento de licitación para la contratación de “Servicios de agencias de viajes en el CIEMAT-Madrid”, Expediente 256.523, el Tribunal ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. En fecha 15 de abril de 2014 se publicó en la Plataforma de Contratación del Sector Público anuncio del Proceso de Licitación para la Contratación de Servicios de Agencia de Viajes y Servicios similares para la Dirección General del Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT), Expediente 256.523, con un presupuesto de 715.000 € y un valor estimado de 1.300.000 €.

Segundo. En el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT) se indica que los principales servicios a realizar para el personal del organismo serán los siguientes: Tramitación y confirmación de todo tipo de billetes de transporte; reservas de hotel; y alquiler de coches, tanto en viajes oficiales como a título particular.

En el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) se señala, bajo el epígrafe “*Criterios de valoración objetivos, cuantificables mediante la aplicación de fórmulas*”: “*III.2.1 A. Precio: hasta un máximo de 50 puntos, con la siguiente distribución:*

1.- Descuentos sobre facturaciónhasta 25 puntos.



Se valorarán los beneficios económicos en forma de descuento aplicable sobre la facturación de los servicios objeto del contrato, que constan en las prescripciones técnicas. Estos descuentos serán aplicados sobre los precios y tarifas vigentes en cada momento. No se admitirán las ofertas que realicen descuentos en función de la facturación, incluso aunque se planteen como mejora sobre el descuento. Los puntos se asignarán de forma proporcional al porcentaje del descuento ofertado, hasta un máximo de 25 puntos, desglosados entre descuentos de facturación de billetes de avión y tren y descuentos sobre el resto de la facturación, con la siguiente distribución:

1.1. Descuentos sobre facturación de billetes de avión y tren...hasta 10 puntos.

(...)

1.2. Descuentos sobre el resto de facturación....hasta 15 puntos (...)

2.- Cargo por emisión de billetes de avión y tren....hasta 25 puntos

2.1 Vuelos nacionales: A las propuestas que oferten cargo de emisión O (o importes negativos) se les otorgarán 3 puntos, y las restantes se puntuarán de la siguiente manera: a la oferta más económica se le otorgará 1 punto, y al resto de licitadores se les otorgarán los puntos que resulten de aplicar a su oferta la siguiente fórmula: Puntos =1 x (oferta más económica/oferta que se valora) (...)

2.2.- Vuelos Europa y medias distancias: A las propuestas que oferten cargo O (importes negativos) se les otorgarán 12 puntos, y las restantes se puntuarán de la siguiente manera: (...)

2.3.- Vuelos Transoceánicos: A las propuestas que oferten cargo O (o importes negativos) se les otorgarán 8 puntos, y las restantes se puntuarán de la siguiente manera: (...)

2.4.- Tren: A las propuestas que oferten cargo O (o valores negativos) se les otorgarán 2 puntos, y a las restantes se puntuarán de la siguiente manera: (...).”

Tercero. En fecha 6 de mayo de 2014 se interpuso este recurso por VIAJES BARCELÓ S.L., que alega que el hecho de que el TRLCSP establezca en su art. 2 como



característica de los contratos regulados en el mismo la onerosidad, choca frontalmente con el requisito incluido la Cláusula III. 2.1.A del PCAP, pues en ella se valora con la mayor puntuación aquellas propuestas en las que, por los distintos servicios de transporte, la agencia de viajes no aplique cargo de emisión alguno e incluso se propongan importes negativos, señalando que *“Hay que destacar que actualmente las remuneraciones que las agencias de viaje perciben por la venta de billetes de transporte vienen derivados única y exclusivamente de los cargos por emisión o service fee que facturan por su intermediación en la venta de los mismos.*

En esta línea se pronuncia la CNC en el Fundamento Primero de su Resolución de 26 de julio de 2006 (Exp. 591/05, Agencias de Viajes): “La entrada en el sector del transporte aéreo de las compañías de bajo coste, ha llevado a las aerolíneas que ya operaban en el mismo a la búsqueda de economías para hacer frente a la competencia que se presentaba. Entre otras medidas se ha tratado de sustituir el sistema de remuneración tradicional por los servicios de intermediación en la venta de billetes, basado en comisiones, por los llamados cargos de emisión o service fee, extinguidos tanto a través de los canales de venta propios de las compañías aéreas, como por las ventas por internet o agencias de viaje, las cuales son libres de establecer las condiciones que consideren convenientes. Así, las Agencias de Viaje dejan de percibir comisiones básicas y como contrapartida reciben directamente de sus clientes el importe de los cargos por emisión. De esta forma, el precio final del billete de transporte aéreo se compone de tres conceptos diferenciados: el precio del transporte, fijado por la aerolínea (tarifa neta), el cargo por emisión y los tributos exigibles.” Considera que “Las Agencias de Viajes no obtienen comisión y por tanto beneficio directo alguno de las compañías de venta de billetes, siendo los únicos ingresos que perciben por ello los cargos de emisión, por lo tanto, cuando los Pliegos de Cláusulas Administrativas otorgan la máxima puntuación para aquella propuesta que oferte cargo de emisión cero o incluso negativo está solicitando que la agencia de viaje adjudicataria realice todas y cada una de las gestiones que implican la reserva y venta de billeteaje de transporte sin que ello le reporte beneficio alguno, al no poder incluir un cargo por emisión, o incluso ofrecer un importe negativo, sobre la tarifa publicada por las distintas compañías, se está eliminando por parte de la Entidad Adjudicadora la característica de la onerosidad de los contratos.” Añade que “En opinión de esta parte, el Pliego de Cláusulas Administrativas debería haber recogido, en



su caso, de acuerdo a la práctica habitual en las licitaciones de contratos de servicios en materia de agencias de viaje, como criterio de valoración el descuento sobre los cargos de emisión, pero de ninguna manera puede dar la mayor puntuación a las propuestas que oferten cargo de emisión 0 (o importes negativos).”

Indica que ello convierte a la citada cláusula en nula de pleno derecho por aplicación del art. 62.2 de la Ley 30/1992. También lo considera contrario al art. 87 TRLCSP en interpretación dada por la Resolución 066/2012 de este Tribunal, pues en su opinión el precio del contrato no se ajusta al mercado y no se respeta el equilibrio entre las partes.

Añade “a mayor abundamiento” que “es importante valorar la implicación que ante el criterio de valoración establecido por la Cláusula III. 2.1.A del Pliego de Cláusulas Administrativas, puede tener el hecho de que una de las empresas posible adjudicataria del contrato disponga, dentro del grupo vertical al que pertenece, de una compañía aérea de línea regular que pueda dar cobertura a la práctica totalidad de los servicios solicitados, puesto que dispone de más de 90 rutas consolidadas.

Nos encontramos así ante la posibilidad de que sólo una de las posibles adjudicatarias pueda permitirse el no facturar gastos por emisión de billetes aéreos, o incluso ofertar importes negativos.

Esta situación concreta vendría derivada:

o bien del beneficio indirecto que obtiene de la venta de las plazas aéreas,

o bien de la posibilidad de enmascarar dichos gastos incluyéndolos en la propia tarifa aérea del billete.

Dichas prácticas resultan completamente imposibles para el resto de las empresas del sector, por lo que debe entenderse el criterio de valoración establecido en la Cláusula III 2.1.A del Pliego de Cláusulas Administrativas como ‘imitador de la competencia. En este caso la igualdad entre candidatos y la no discriminación queda completamente entredicho, puesto que sólo uno de los posibles candidatos podría permitirse acceder a la máxima puntuación (23 puntos, excluyendo el transporte en tren) presentando propuesta



con cargo de emisión 0 (o importes negativos), por lo que se estarían vulnerando los principios de concurrencia e igualdad v no discriminación exigidos por la propia Ley.”

Se plantea incluso que el criterio de valoración consistente en “... cargos de emisión 0 (o importes negativos)” pueda considerarse como un supuesto de dumping, “*puesto que se está valorando y premiando con la máxima valoración el hecho de que las empresas vendan sus servicios por debajo del coste de los mismos.*”

De modo específico, señala que la Cláusula III 2.1.A del PCAP, en sus puntos 1 y 2, recoge una duplicidad de criterios de adjudicación, pues “*En este punto 2, la Entidad Adjudicataria está ofreciendo la máxima puntuación a la propuesta que ofrezca para los gastos de emisión valores negativos, lo que no deja de ser estar valorando nuevamente un descuento sobre servicios, descuento que va viene perfectamente contemplado y puntuado en el punto 1 de la propia Cláusula III.2.1.A.* “

Cuarto. El órgano de contratación ha presentado sendos informes de 13 y 14 de mayo. En los mismos viene a señalar que:

1. El expediente número 256.523 tiene por objeto la contratación de los servicios de Agencia de Viajes para el CIEMAT, y comprende todos los gastos derivados de los desplazamientos efectuados por el personal del Organismo tanto dentro como fuera del territorio nacional, y siempre que estén relacionados con las actividades propias del Centro, tal y como se recoge en la cláusula 11.3 del PCAP.
2. La facturación, de acuerdo con el PPT, que rige la contratación, comprende tanto los gastos de alojamiento como los de locomoción y se efectúa por el total de dichos gastos, como se desprende claramente de la cláusula Tercera del mencionado PPT, sin perjuicio de que la Agencia de Viajes esté obligada a desglosar en la factura los descuentos y cargos por emisión de billetes, en su caso.
3. El gasto estimado para el período de cobertura del contrato es de 715.000 euros (IVA incluido).
4. Si bien, como analiza la recurrente, en el pliego figura que el cargo por emisión de billetes de avión y tren (nacional, Europa y medias distancias, transoceánicos) se valorará



con mayor puntuación cuando éste sea 0 (o importes negativos), no quiere decir que no exista contraprestación contractual porque no se está indicando ninguna obligatoriedad de ofertar solo y exclusivamente dichos importes, sino que se está basando en una escala de puntuación dependiendo de la comisión que la empresa ofertante considere que debe cobrar por la emisión de cualquiera de esos billetes.

5. Que aun en el supuesto de que alguno de los cargos por emisión se oferte en 0 o negativo puede darse la compensación en función de lo que estime y valore las empresas participantes.

6. En relación con el punto 5 del recurso en el que se indica que existe duplicidad de criterios de adjudicación, punto 1 y 2 de la cláusula III 2.1.A del PCAP, se entiende que en el punto 1 el descuento es sobre la facturación en el que se incluye la facturación de billetes, el servicio de alojamiento, etc. y en el punto 2 solo y exclusivamente la comisión, si hubiera, que genere la emisión de los billetes.

7. Que según lo expuesto no se obliga a las empresas a vender servicios por debajo de su coste, por lo que resulta inadmisibles las alegaciones, efectuada por VIAJES BARCELÓ S.L, de fomento y práctica de dumping.

Quinto. Interpuesto el recurso, con fecha 23 de mayo de 2014, la Secretaria del Tribunal, por delegación de éste, resolvió conceder la suspensión del procedimiento de contratación, con carácter cautelar, conforme a lo dispuesto en los artículos 43 y 46 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Sexto. La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de licitadores para que en el plazo de cinco días hábiles realizaran las alegaciones que a su derecho convinieran, sin que se haya evacuado el trámite conferido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se califica por el recurrente como especial en materia de contratación, tratándose de un procedimiento de contratación sujeto a contratación armonizada, conforme al art. 40 del TRLCSP.



El mismo se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP.

Segundo. El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo legal del artículo 44.2.a) del TRLCSP.

Tercero. El análisis de los requisitos de admisión del recurso debe llevarnos asimismo a la conclusión de que ha sido interpuesto contra un acto susceptible de recurso en esta vía de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP.

Cuarto. Comencemos por puntualizar que, en todo caso, ninguna de las presuntas irregularidades esgrimidas por el recurrente lo sería, de concurrir, causante de nulidad de pleno derecho, ya que el art. 62.2 de la Ley 30/1992 que cita el recurrente es referido a las disposiciones de carácter general en el sentido de normas; siendo de aplicación a la nulidad de las actuaciones administrativas aquí recurridas el art. 32 del TRLCSP, que se remite, entre otros supuestos, al 62.1 de dicha Ley.

Pero, como veremos, tampoco concurre infracción alguna: La cuestión principal que aquí se suscita ya ha sido en gran parte resuelta por nuestra reciente Resolución 325/2014, en que se planteaban por la Confederación Española de Agencias de Viajes objeciones similares a un pliego que exigía que el servicio de reservas, confirmación y emisión de títulos de transporte se hiciera sin aplicar cargo de emisión alguno (ya no únicamente valoraba tal extremo, sino que en aquel caso el órgano de contratación señalaba que *“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 aquel caso, el recurrente partía incluso de la premisa –que no hace valer el nuestro–de que (citamos aquella Resolución) *“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.”*

Y sacaba consecuencias similares a las que extrae nuestro recurrente: *“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 qué alcance la rentabilidad en base a acuerdos preferenciales con sus proveedores que le aseguren ingresos en base al volumen de operaciones.”*

Pues bien, en primer lugar, debemos, como en aquel caso, considerar que la premisa de que se parte –que las remuneraciones que las agencias de viajes perciben por la venta de billetes vienen derivados únicamente de los cargos por emisión o service fee que facturan por su intermediación–no está probada; Como decíamos allí, *“... 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 otra parte, tampoco es cierto que el contrato no sea oneroso, ya que, como también decíamos en aquella Resolución y se deriva del PPT, la prestación objeto del servicio es compleja, y no consiste solo en la emisión de billetes, sino en la gestión de reservas de hotel y alquiler de coches; Así lo evidencia también que esté previsto el presupuesto para el pago al contratista; De modo que *“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.” Ello es plenamente trasladable a los servicios que forman parte del presente contrato.

Por ello, no hay contradicción de la Cláusula III del pliego en tanto que valora la oferta de cargos de emisión 0 o importes negativos con el art. 2 del TRLCSP, ni se altera el necesario equilibrio entre las partes garantizado por el precio de conformidad con el art. 87 del TRLCSP, ni se aprecia en consecuencia que se limite indebidamente la competencia a las empresas relacionadas con una línea aérea. Tampoco se aprecia que se vendan servicios por debajo de su coste ya que, insistimos, el servicio que se presta es complejo, y admite compensaciones entre sus distintos componentes.

Quinto. Ahora bien, el recurrente también reprocha que la cláusula III 2.1.A del PCAP, en sus puntos 1 y 2, recoge una duplicidad de criterios de adjudicación, pues en este punto 2, la Entidad Adjudicataria está ofreciendo la máxima puntuación a la propuesta que ofrezca para los gastos de emisión valores negativos, valorando nuevamente un descuento sobre servicios, descuento que ya viene contemplado y puntuado en el punto 1 de la propia cláusula III.2.1.A.

Frente a ello, el órgano de contratación afirma que se entiende que en el punto 1 el descuento es sobre la facturación, en el que se incluye la facturación de billetes, el servicio de alojamiento, etc. y en el punto 2 solo y exclusivamente la comisión, si hubiera, que genere la emisión de los billetes.

Pues bien, en este extremo, este Tribunal entiende que la comisión que genera la emisión de billetes está incluida necesariamente en la facturación de billetes de avión y tren, de modo que es cierto que del descuento sobre tal concepto se valora doblemente

en el clausulado. Ello haría de mejor condición a aquellas empresas que estuvieran en condiciones de realizar los referidos descuentos, que verían doblemente valorada esta su ventaja, con contradicción del principio de igualdad en la concurrencia que constituye uno de los fundamentos esenciales de nuestro Derecho de contratación público, como recoge el art. 1 del TRLCSP y el artículo 139 de la citada Ley que señala que “Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio”. Como decíamos, entre otras muchas en nuestra Resolución nº 005/2014, con cita de nuestras Resoluciones 047/2012 y 070/2012, *“el principio de igualdad de trato implica que todos los licitadores deben hallarse en pie de igualdad, tanto en el momento de presentar sus ofertas como al ser valoradas éstas por la entidad adjudicadora (sentencia TJCE de 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica). Así, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea se desprende que el respeto al principio de igualdad de trato implica, no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha actividad. Principio éste que es la piedra angular sobre la que se hacen descansar las Directivas relativas a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (sentencia TJCE de 12 de diciembre de 2002, Universidad Bau y otros).”*

En consecuencia, no cabe que la cláusula III valore en su punto 2.1.A 1, subepígrafe 1.1, el descuento sobre facturación de billetes de avión y tren, y a su vez valore en su punto 2.1.A 2 el importe negativo en el cargo por emisión de billetes de avión y tren.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

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

Primero. Estimar en parte el recurso interpuesto por D. J.C.G.M., actuando en calidad de apoderado de VIAJES BARCELÓ S.L. contra los pliegos de cláusulas administrativas particulares del procedimiento de licitación para la contratación de “Servicios de agencias de viajes en el CIEMAT-Madrid”, Expediente 256.523, en el sentido señalado por nuestro

último fundamento de Derecho, anulando el procedimiento de licitación, con retroacción de actuaciones al momento inicial del mismo, pudiendo iniciarse un nuevo procedimiento en el que se corrijan las infracciones legales apreciadas.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación.

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 47.5 del TRLCSP.

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 al de recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.