



**EB 2018/093**

**Resolución 138/2018, de 19 de octubre de 2018, de la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra, en relación con el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A. contra los pliegos del contrato “Contratación del servicio de agencia de viajes para Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A.”, tramitado por Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A.**

#### **I.- ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** Con fecha 17 de julio de 2018, la entidad VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A. interpuso recurso especial en materia de contratación contra los pliegos del contrato “Contratación del servicio de agencia de viajes para Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A.”, tramitado por Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A.

**SEGUNDO:** El recurso, el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 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) se recibieron en el registro del órgano Administrativo de Recurso Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi/(en adelante, OARC / KEAO) el día 1 de octubre.

**TERCERO:** Trasladado el recurso al resto de interesados en el procedimiento el 4 de octubre, se han recibido alegaciones de la empresa AVORIS RETAIL DIVISION S.L. (en adelante, AVORIS) el 10 de octubre.

## **II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO: Legitimación y representación**

Consta en el expediente la legitimación de la recurrente y la representación de don G.M.C., que actúa en su nombre.

### **SEGUNDO: Inclusión del contrato en el ámbito objetivo del recurso especial**

Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial en materia de contratación los contratos de servicios cuyo valor estimado supere los 100.000 euros.

### **TERCERO: Impugnabilidad del acto**

El artículo 44.2 c) de la LCSP señala que podrán ser objeto de recurso los acuerdos de adjudicación.

### **CUARTO: Interposición del recurso en tiempo y forma**

El recurso ha sido interpuesto en tiempo y forma.

### **QUINTO: Régimen jurídico del poder adjudicador**

En cuanto al régimen jurídico aplicable, Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A. tiene la condición de poder adjudicador pero no de Administración Pública, según lo dispuesto en el artículo 3 de la LCSP.

### **SEXTO: Argumentos del recurso**

La impugnación se basa, en síntesis, en los siguientes motivos:

a) Las agencias de viajes, como intermediarias y, por consiguiente, nexo de unión entre proveedores y cliente final, no deciden los precios del proveedor, que dependerán de una serie de variables fuera de control, como el incremento de precios por temporada alta o disponibilidad. Si la agencia de viajes ofrece un precio máximo está asumiendo un riesgo que no le corresponde, siendo lo lógico que se le solicitara la mejora en el precio por su intermediación (rappel de facturación de hoteles, menor cargo por emisión de billeteaje, etc.)

b) La Agencia de viajes podría negociar con los hoteles los precios para un cliente si Basquetour se comprometiera a realizar un número concreto o aproximado de pernoctaciones en una ciudad, no habiéndose informado, aun habiendo sido solicitado, el desglose de consumos en cada producto. Es decir, no se sabe el volumen de negocio en el apartado hoteles y el cuadro de ponderación abarca todo el mundo.

c) Esta última reflexión se vuelve a plantear respecto al precio máximo por Km en vuelos, tren y autobús. Además este planteamiento de precio de billeteaje no se contempla en el sector turístico y los criterios de adjudicación son contradictorios con la cláusula 3 del Pliego de prescripciones técnicas (en adelante, PPT) en cuanto al detalle de los gastos de gestión.

d) La pretensión del recurso consiste en que se declare la invalidez del pliego y se proceda a una nueva publicación en la que figure la información estimada sobre el desglose de consumos en los diferentes servicios (aunque no sea vinculante) y el planteamiento de criterios de adjudicación en base al tipo de proveedor (agencia de viajes) solicitando ofertas por rappel o menor cargo de emisión.

#### **SÉPTIMO: Alegaciones del interesado**

La empresa AVORIS suscribe el contenido del recurso en lo concerniente a (i) que las agencias de viaje, como intermediarias de servicios, no tienen capacidad de decisión para ofrecer un precio máximo por alojamiento, mucho menos cuando no se ha facilitado información sobre consumos previstos, y por

lo tanto, los criterios de adjudicación deben ser mejoras económicas o técnicas, (ii) que jamás se ha contemplado en el sector turístico el precio del billete por kilómetro y (iii) que el precio ofertado incluya todos los impuestos, tasas, gastos y arbitrios.

**OCTAVO: Alegaciones del poder adjudicador**

a) Si como indica el recurrente, se solicitara como criterio de adjudicación la mejora en el precio por la intermediación de la agencia de viajes (rápeles, cargos, etc.), una vez adjudicado el contrato a Basquetour le sería prácticamente imposible confirmar que el precio final por el servicio presentado por el contratista es el mejor que esta última ha podido negociar.

b) Por la heterogénea naturaleza de las actividades realizadas por Basquetour resulta imposible comprometerse a realizar un número concreto o aproximado de viajes. En el desglose de los criterios de adjudicación se ha establecido una valoración ponderada.

c) No se ha facilitado el desglose del consumo porque no se considera necesario para la elaboración de la oferta.

d) La solicitud del detalle de los gastos de gestión lo es a meros efectos informativos.

**NOVENO: Apreciaciones del OARC / KEAO**

Dos son las cuestiones a analizar que plantea el recurso; la primera referida a la validez de la estructura de la obligación planteada en el PCAP en cuanto a los servicios a prestar y, en concreto, la forma de determinación y abono del precio del contrato, y la segunda, referida a la falta de información suficiente para presentar una oferta. Las consideraciones que efectúa el OARC/KEAO sobre ambas son las siguientes:

#### a) Configuración de la obligación

El recurrente solicita la nulidad de la forma de determinación del precio del contrato (precios unitarios) pues considera que mediante dicha estipulación asume un riesgo que no le corresponde ya que la forma de remuneración de las agencias de viaje, intermediarias entre el proveedor de los servicios de alojamiento y transporte y el usuario de dichos servicios, ha de ser por su labor de intermediación (rappel de facturación, menor cargo en emisión de billetes de transporte, etc.).

El análisis de la cuestión debe partir de la forma en la que los documentos contractuales establecen el objeto del contrato y el pago del precio por las prestaciones efectuadas.

El objeto del contrato consiste en el servicio de gestión y asistencia en viajes fuera de la Comunidad Autónoma de Euskadi que incluye, entre otros, la gestión de las reservas y modificación y anulación de los servicios de alojamiento y de transporte. A tal efecto, los licitadores deben ofertar un precio unitario máximo de alojamiento por los siguientes conceptos: destino, número de estrellas del establecimiento (3 y 4), y rango de distancia del establecimiento respecto del centro de la ciudad (hasta un máximo de 2,5 Km, y entre 2,5 Km y 5 Km). Respecto al transporte, el precio se determina por la oferta de un precio unitario máximo por km. Así, adjudicado el contrato y demandado un servicio por el poder adjudicador, la adjudicataria del contrato dispondrá de 24 horas para proponer tres opciones disponibles dentro del precio máximo unitario ofertado. Téngase en cuenta que el licitador no está ofertando un precio cerrado por un establecimiento o medio de transporte concreto, sino que oferta un precio unitario por cada tipo de servicio susceptible de ser solicitado que opera como un máximo durante el plazo de ejecución del contrato; concretada la necesidad, debe proponer hasta tres opciones, dentro de los límites de distancia del centro y tipo de establecimiento, para que el poder adjudicador pueda optar por la más conveniente. De todo ello se deduce que el poder adjudicador quiere tener la certeza desde la adjudicación del precio máximo

que deberá abonar por cada uno de los servicios que efectivamente contrate durante la vida del contrato.

El poder adjudicador goza de discrecionalidad para configurar el contrato de la forma que le sea más favorable y goza de la libertad para incluir los pactos, cláusulas y condiciones que estime oportunas, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración (artículo 34 LCSP). En este sentido, el recurrente no alega norma jurídica alguna que se vea contravenida por el establecimiento de la estipulación impugnada y sus argumentos se centran en querer eliminar el riesgo y ventura de la ejecución del contrato, que debe ser asumida por el contratista (artículo 197 LCSP) y en la invocación de una práctica del sector respecto de la facturación de sus servicios que no descarta otras formas de ejecutar la prestación y de facturarla. En suma, el recurrente pretende reducir o eliminar el riesgo y ventura propia de toda actividad empresarial y realizar una configuración de la obligación que le sea favorable pretendiendo imponérsela al órgano de contratación.

Especialmente, este OARC / KEAO considera que no se ha acreditado que el poder adjudicador haya diseñado el contrato de modo contrario a los principios generales de la contratación pública o de forma arbitraria o caprichosa, por el contrario, el poder adjudicador justifica la oportunidad de que los licitadores oferten precios unitarios máximos en la necesidad de controlar el coste de los servicios demandados.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que esta configuración del contrato no ha impedido al recurrente ni al tercero interesado presentar oferta en el procedimiento de adjudicación.

#### b) Acceso a la información

El recurrente achaca al poder adjudicador, y éste lo admite, que no se le ha facilitado la información sobre los datos de consumo, o lo que es lo mismo, el

número aproximado de pernoctaciones o transportes por cada uno de los precios a ofertar.

Lo cierto es que los documentos contractuales no arrojan ninguna información sobre este extremo y ello en contra de lo dispuesto en el artículo 68.1 b) del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP), aprobado por Real Decreto 1098/2001, 12 de octubre, que exige que el PPT incluya el precio de cada una de las unidades en que se descompone el presupuesto y número estimado de las unidades a suministrar. Esta obligación de señalar un número estimado de unidades en el PPT del contrato es una especificación del deber de transparencia que se le impone al poder adjudicador como forma de prevenir el riesgo de generar desigualdades entre licitadores (artículo 1 y 132 LCSP) y que implica que se les facilite toda la información relevante para formular una oferta.

Es cierto, como afirma el poder adjudicador, que este contrato tiene la dificultad de que en la documentación del contrato no se pueden definir con exactitud las unidades que efectivamente se van a demandar tras su adjudicación. No obstante, el órgano de contratación habrá calculado el valor estimado del contrato sobre unas previsiones y, en todo caso, cuenta con información sobre el número, modo y lugares de desplazamiento de años anteriores. Por otra parte, esta previsión no implica un compromiso de consumo de un número mínimo de prestaciones, ya que es perfectamente posible configurar un contrato de servicios por precios unitarios en función de las necesidades reales que vayan surgiendo al poder adjudicador sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato (ver, en este sentido, la Disposición adicional trigésima tercera de la LCSP) y el poder adjudicador es consciente de ello porque la cláusula 1 párrafo tercero del PCAP se expresa en dicho sentido.

No puede prosperar la alegación del poder adjudicador de que la valoración ponderada de los criterios de adjudicación equivale a la información solicitada por el recurrente, ya que nos encontramos ante informaciones que no pueden ser comparadas porque miden cosas diferentes y obedecen a finalidades diferentes. Así, mientras que el número estimado de las unidades que se van a

demandar durante el plazo de ejecución del contrato tiene por finalidad la de que los licitadores puedan preparar una oferta competitiva, la ponderación de los criterios de adjudicación tiene por finalidad dar transparencia al proceso de análisis y comparación de las ofertas mediante la expresión del peso que tendrá cada criterio de adjudicación en la toma de decisión.

Tampoco puede ser aceptado el argumento del poder adjudicador de que con esta información el recurrente tendría una ventaja competitiva respecto del resto de los licitadores, pues facilitar dicha información es una obligación legal y, además, conforme al punto 26 de la carátula del PCAP los licitadores pueden solicitar información adicional sobre los pliegos y documentación complementaria que se debe publicar en el perfil del contratante (artículo 138.3 LCSP y la cláusula 10.2.16 del PCAP). Consecuentemente, la información facilitada debería ser publicada en el perfil de contratante con lo que sería accesible a todo potencial licitador interesado en participar en el procedimiento.

#### c) Conclusión

El alcance y la importancia que tiene la información omitida en la elaboración de la oferta obliga a la estimación parcial del recurso y, por consiguiente, a la cancelación de la licitación (no así de los pliegos) al objeto de que se proceda a una nueva licitación en la que figure la información sobre el número estimado de servicios a solicitar en la documentación contractual.

Por todo lo expuesto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en la Disposición Adicional Octava de la Ley 5/2010, de 23 de diciembre, por la que se aprueban los Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de Euskadi para el ejercicio 2011, la Titular del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi:

## **RESUELVE**

**PRIMERO:** Estimar parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A. contra los pliegos del contrato “Contratación del servicio de agencia de viajes para Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A.”, tramitado por Basquetour Turismoaren Agentzia-Agencia Vasca de Turismo, S.A., en los términos establecidos en el fundamento jurídico noveno, apartado c).

**SEGUNDO:** Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

**TERCERO:** Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso.

**CUARTO:** De acuerdo con el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que dé conocimiento al OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

**QUINTO:** Contra la presente resolución, ejecutiva en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso- administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ) en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de la misma (artículo 46. 1 LJ), ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (artículo 10 k) LJ), de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

**Vitoria-Gasteiz, 2018ko urriaren 19a**

Vitoria-Gasteiz, 19 de octubre de 2019