



EB 2018/042

Resolución 065/2018, de 17 de mayo 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 ECUADOR, S.A.U. frente al desistimiento de la adjudicación del contrato “Servicio de agencia de viajes para el Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Con fecha 12 de abril de 2018, la empresa VIAJES ECUADOR, S.A.U. interpuso, en el registro del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoa (en adelante, OARC / KEAO), un recurso especial en materia de contratación frente al desistimiento de la adjudicación del contrato “Servicio de agencia de viajes para el Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi.

SEGUNDO: Con fecha 13 de abril de 2018 se solicitaron al poder adjudicador el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, 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), los cuales entraron en el registro del OARC / KEAO el día 18 de abril.



TERCERO: Trasladado el recurso a los interesados con fecha 19 de abril, no se han recibido alegaciones.

II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Por lo que se refiere a la normativa aplicable, se observa lo siguiente:

a) De acuerdo con el apartado 1 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP, “Los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato.” La LCSP, publicada en el Boletín Oficial del Estado del día 9 de noviembre de 2017, entró en vigor el día 9 de marzo de 2018, de acuerdo con su Disposición Final Decimosexta, y en el procedimiento de adjudicación analizado, el anuncio de licitación se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) el día 14 de diciembre de 2017, por lo que es aplicable al acto impugnado el derecho sustantivo contenido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP).

b) No obstante lo anterior, el segundo párrafo del apartado 4 de la Disposición Transitoria Primera de la LCSP establece que “En los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley podrá interponerse el recurso previsto en el artículo 44 contra actos susceptibles de ser recurridos en esta vía, siempre que se hayan dictado con posterioridad a su entrada en vigor.” El acto impugnado se dictó el día 14 de marzo, por lo que la normativa aplicable al procedimiento de recurso es la prevista en los artículos 44 a 60 de la LCSP.

SEGUNDO: En el expediente consta la legitimación del recurrente y la representación de D.R.N.B., que actúa en su nombre.



TERCERO: Según el artículo 44.1 a) de la LCSP, son susceptibles de recurso especial, entre otros, los contratos de servicios de valor estimado superior a los 100.000 euros.

CUARTO: El acto recurrido es la Resolución de 14 de marzo de 2018, que acuerda el desistimiento de la adjudicación.

Sobre la impugnación del desistimiento de una adjudicación, en su Resolución 031/2017 este OARC / KEAO se pronunció a favor de «(...) la posibilidad de que un acuerdo de esta índole pueda ser objeto de recurso especial (ver la Resolución 116/2013) por una interpretación coherente y finalista de la regulación del recurso especial, cuyo objetivo es la incorporación al ordenamiento interno de la legislación comunitaria sobre la materia. Por un lado, siendo recurribles los llamados «actos de trámite cualificados» porque impiden a un licitador continuar en el procedimiento (artículo 40.2 b) TRLCSP), con idéntica o mayor razón deben ser impugnables los actos que, como el desistimiento, impiden, no ya a un licitador, sino a todos, obtener la adjudicación del contrato. Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha aceptado expresamente la inclusión de los acuerdos de cancelación de una licitación dentro del sistema de recursos establecido por el Derecho europeo de la contratación pública, considerando que dicha inclusión está requerida por la necesidad de que la normativa comunitaria tenga un «efecto útil». En este sentido se ha señalado que «la completa consecución del objetivo que la Directiva 89/665 pretende alcanzar se vería comprometida si las entidades adjudicadoras pudieran cancelar las licitaciones para los contratos públicos de servicios sin estar sujetas a los procedimientos de control jurisdiccional destinados a asegurar desde todos los puntos de vista la efectividad del cumplimiento de las directivas que establecen normas materiales sobre contratos públicos y de los principios en los que se sustentan.» (STJ de 18/6/2002, ECLI:EU:C:2002:379, asunto C-92/00, en especial los apartados 29 a 55).»

QUINTO: El recurso está interpuesto en tiempo y forma.



SEXTO: En cuanto al régimen jurídico aplicable, la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi tiene la condición de poder adjudicador, y en concreto, de Administración Pública (artículo 3 del TRLCSP).

SÉPTIMO: Las alegaciones del recurso son, en síntesis, las siguientes:

a) El desistimiento se justifica por el poder adjudicador porque se estima que se ha incumplido el principio de la eficiente utilización de los fondos públicos (artículo 1 del TRLCSP); en este sentido, el órgano de contratación afirma que el hecho de ponderar con dos puntos el criterio de adjudicación “comisión o gastos por la gestión del servicio de alojamiento” provocó que los licitadores que ofertaban precios más baratos en materia de alojamiento alcanzasen peor puntuación que aquellos que ofertaban más caras”. El criterio se aplicó correctamente, y el recurrente, que ofreció el precio más alto en este apartado, obtuvo la peor puntuación; sin embargo, obtuvo la mejor valoración en el criterio “precio máximo por alojamiento”. Según la Mesa de Contratación, el resultado es engañoso, porque la recurrente va a ser la empresa que, en el caso de resultar adjudicataria, facturará un mayor importe por este aspecto, lo cual es consecuencia de que, al precio máximo ofertado por alojamiento habría que sumarle la comisión que ha ofertado por gestión del servicio de alojamiento.

b) El recurrente alega que el resultado de la aplicación de los criterios de adjudicación es previsible y buscado, habida cuenta del contenido de los pliegos, y la lógica de valorar diferenciadamente las comisiones o gastos de gestión y el precio del servicio en sí mismo se aplica no solo al alojamiento sino también a los billetes de avión, tren y autobús. Además, no es cierto que la recurrente, en el caso de ser adjudicataria, facturaría un mayor importe en concepto de alojamiento; pues el importe facturado por VIAJES BARCELÓ (cuya comisión de servicio es “0”) es superior al de VIAJES ECUADOR en la mayor parte de las categorías. El hecho de que otra licitadora, por el mismo



precio, ofrezca un precio más ventajoso, no es sino una consecuencia del procedimiento de adjudicación.

c) El poder adjudicador insiste en la idea de que el “espíritu de los pliegos” es incompatible con una elevada comisión por la gestión del servicio, dado que este concepto se usa para garantizar un precio mínimo en todas las categorías del contrato. Sin embargo, es claro que los pliegos identifican dos criterios para la valoración de las ofertas; es llamativo que se considere excesivo el precio ofertado por la recurrente cuando el poder adjudicador, en respuesta a una consulta, afirmó que los pliegos no establecen límites a las comisiones o gastos por la gestión del servicio.

d) La Administración incurre en una contradicción y actúa contra sus propios actos, evidenciando que el problema es que la aplicación del criterio debatido conduce a considerar la proposición de VIAJES ECUADOR como la más ventajosa; no es aceptable la insinuación de que la oferta del recurrente es irregular, pues VIAJES ECUADOR se ha limitado a presentar la mejor oferta para ser adjudicatario.

e) El desistimiento es una potestad reglada y debe fundarse en razones objetivas, siendo determinantes las actuaciones previas del órgano de contratación; no se invoca ningún vicio de invalidez concreto que justifique el acto impugnado.

f) El acto impugnado vulnera la normativa sobre ofertas con valores anormales o desproporcionados, ya que se funda en que la Mesa entiende que no es sostenible que la gestión del servicio de contratación de un vuelo, alojamiento o tren pueda tener los precios ofertados por VIAJES ECUADOR; el recurrente alega que se está eludiendo el procedimiento previsto al respecto en el artículo 152.3 del TRLCSP.

g) La resolución recurrida incurre en fraude de ley o desviación de poder, ya que la verdadera finalidad perseguida es evitar la adjudicación del contrato a VIAJES ECUADOR; además, se vulneran los principios de confianza legítima,



buena fe y lealtad institucional, dado que el poder adjudicador generó en los licitadores la impresión de que podían ofertar comisiones de servicio elevadas o precios de servicio competitivos, respondiendo incluso en este sentido a una consulta planteada al efecto por el recurrente.

h) Finalmente, se solicita:

- que, como prueba, se acceda al acta de la sesión de la Mesa de 30 de enero de 2018, a los efectos de comprobar las afirmaciones contenidas en ella sobre el desistimiento del contrato y contrastarlas con la Resolución impugnada.
- que se anule el acto impugnado y se acuerde la adjudicación a VIAJES ECUADOR.

OCTAVO: El poder adjudicador se opone a la estimación del recurso con base en los argumentos que a continuación se resumen, los cuales, básicamente, reproducen los fundamentos jurídicos del acto impugnado:

a) La Mesa de Contratación, tras analizar las ofertas de los licitadores, comprobó que cometió un error al incluir como criterio de adjudicación la “comisión o gastos por la gestión del servicio de alojamiento”; esto se debe a que la recurrente, que realizó la oferta más cara por este concepto, ofreció en cambio el mejor precio en el criterio “precio máximo por alojamiento”, de modo que, de resultar adjudicataria, sería la empresa que facturaría en conjunto las mayores cantidades.

b) No hay justificación bastante para ofertar un precio para las comisiones notoriamente superior al ofrecido por las otras licitadoras; la recurrente utiliza el criterio para asegurarse un precio mínimo, lo que es contrario al espíritu de los pliegos y al diseño de los demás criterios, basados en precios máximos.



NOVENO: El artículo 155.4 del TRLCSP prevé que «El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.» Acerca del desistimiento, este OARC / KEAO en su Resolución 031/2013 consideró que «(...) es una potestad reglada y, por ello, ha de estar fundado en razones objetivas basadas en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato. El desistimiento pretende salvar la infracción no subsanable de las normas de preparación o adjudicación del contrato.» Para añadir más adelante que «En consecuencia, habrá que proceder a analizar si efectivamente se aprecia la concurrencia de errores manifiestos en la redacción de los pliegos a los que hace referencia el Órgano de contratación en la Orden de desistimiento y si éstos constituyen infracción no subsanable de las normas de preparación o de adjudicación del contrato y por ello justifican el desistimiento acordado.»

De todo lo anterior se deduce que cualquier apreciación sobre la validez del desistimiento debe partir de la verificación de la existencia de una norma jurídica infringida. En el caso analizado se cita únicamente un precepto, el principio de eficiente utilización de los fondos destinados a la contratación de servicios, establecido en el artículo 1 del TRLCSP, que se habría vulnerado al elegir como criterio de adjudicación la “comisión o gastos por la gestión del servicio de alojamiento”.

A juicio de este OARC / KEAO, el poder adjudicador no ha acreditado que dicha norma, única alegada, haya sido incumplida de forma que pueda considerarse que exista una “infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato” que pueda sustentar el correcto ejercicio de una potestad reglada y que justifique la toma de una decisión como el desistimiento. En coherencia con su condición de principio general, el alcance normativo de la eficiente utilización de los fondos públicos, aunque indudable en términos generales, tiene un marcado carácter indeterminado que hace difícil detectar cuándo un acto concreto adolece de un vicio de legalidad solo por contrariarlo,



más allá de los casos en los que la norma afectada sea un precepto más específico inspirado por él; esto es así, especialmente, cuando se trata de aspectos sobre cuya configuración el poder adjudicador goza de un amplio margen de discrecionalidad, como es el caso de los criterios de adjudicación. Por ello, es desproporcionado deducir la invalidez de un criterio de adjudicación por su contraposición al citado artículo 1 del TRLCSP, sobre todo en un caso como el analizado, en el que la supuesta infracción no radica tanto en un defecto jurídico estructural de los pliegos sino en que su correcta aplicación ha conducido a un resultado que la Administración estima más o menos inoportuno o no ajustado a sus expectativas. Además, este resultado depende en gran medida de la forma en la que los licitadores han elaborado sus proposiciones, como lo demuestra el hecho de que los demás participantes en el procedimiento han tomado opciones distintas a las de VIAJES ECUADOR. Debe tenerse en cuenta que, la supuesta configuración errónea del criterio debatido se hace valer cuando las ofertas ya se han evaluado y la aplicación del criterio no ha supuesto un resultado completamente irracional, como lo demuestra el hecho de que, a pesar de todo, los precios “globales” del recurrente (sumando la comisión y el precio del alojamiento) son en ocasiones más ventajosos que los de los demás licitadores, cuya manera de elaboración de las proposiciones no merece, sin embargo, el reproche del órgano de contratación.

Por otro lado, como bien señala VIAJES ECUADOR, no es irrelevante la actuación previa de la Administración y de las empresas a lo largo del proceso de elaboración de la documentación preparatoria (ver, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2016, ECLI: ES: TS: 2016:5477, así como la Resolución 91/2015 del OARC / KEAO, cuya doctrina, aunque derivada de la impugnación de una renuncia a la adjudicación, es aplicable al caso). En este caso, no consta ningún reproche de legalidad a los pliegos por parte de los órganos implicados en su elaboración ni consta reserva alguna de los licitadores; asimismo, es llamativo que el recurrente formuló una consulta a la Administración en la que ésta precisó que “En la carátula del pliego de cláusulas



administrativas particulares no se establecen límites en relación a las comisiones o gastos por la gestión del servicio”, lo que casa mal con que posteriormente la Mesa considere “excesiva” la oferta de VIAJES ECUADOR, uno de los argumentos que fundamentan el acto impugnado.

En consecuencia con todo lo anterior, debe anularse el acto impugnado y ordenarse la retroacción de actuaciones hasta el momento de la elaboración del listado recogido en el artículo 151.1 del TRLCSP para que continúe el procedimiento de adjudicación.

Finalmente, debe señalarse que no cabe acceder a la prueba propuesta por el recurrente (el acceso al acta de la sesión de la Mesa de 30 de enero de 2018); en realidad, se trata de la posibilidad prevista en el artículo 52.3 de la LCSP que, en síntesis, consiste en que el OARC / KEAO pueda conceder vista del expediente durante el procedimiento de resolución del recurso especial si previamente a su interposición se ha solicitado al órgano de contratación y éste la ha denegado, requisito este último que no consta.

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 / Euskal Autonomia Erkidegoko Kontratuen inguruko Errekurtsoen Administrazio Organoaren titularra,

RESUELVE

PRIMERO: Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por VIAJES ECUADOR, S.A.U. frente al desistimiento de la adjudicación del contrato “Servicio de agencia de viajes para el Departamento de Desarrollo Económico e Infraestructuras”, tramitado por la Administración General de la Comunidad Autónoma de Euskadi, anulando el acto impugnado y ordenando la



retroacción de actuaciones hasta el momento de la elaboración del listado recogido en el artículo 151.1 del TRLCSP.

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

TERCERO: De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 57.4 de la LCSP, requerir al órgano de contratación para que informe a este OARC / KEAO de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a la presente Resolución.

CUARTO: 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 49 del TRLCSP.

Vitoria-Gasteiz, 2018ko maiatzaren 17a

Vitoria-Gasteiz, 17 de mayo de 2018