

Recurso nº 60/2019
Resolución nº 71/2019

NOTIFICACIÓN

Le notifico que, con fecha 13 de febrero de 2019, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid ha dictado el siguiente Acuerdo:

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por don Alejandro María Subías Cano en nombre y representación de Ávoris Retail Division S.L., contra el Acuerdo de la Mesa de contratación de Madrid Cultura y Turismo S.A.U., de fecha 15 de enero de 2019, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato “servicio de agencia de viajes para Madrid Cultura y Turismo, S.A.U.”, número de expediente 2/2018, este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Con fecha 30 de octubre de 2018 se publicó respectivamente en el BOCM y en Portal de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, el anuncio de licitación del contrato mencionado a adjudicar por procedimiento abierto y pluralidad de criterios. El valor estimado del contrato asciende a 495.000 euros. El anuncio de licitación fue enviado al DOUE el 26 de octubre para su publicación.

Segundo.- Interesa destacar en relación con el motivo del recurso que el Pliego de cláusulas administrativas particulares establece como criterios de adjudicación.

“Criterios de evaluables de forma automática mediante fórmulas:

CRITERIO 1: Precio: Máximo 90 puntos



Se valorará el precio ofertado por cada licitador para cada unidad de servicio. Las ofertas económicas de los licitadores se ajustarán a dos decimales (...).

Los precios ofertados por los licitadores en las diferentes gestiones por servicios no podrán superar en ningún caso los precios unitarios máximos indicados en la tabla siguiente. El licitador que incumpla este requisito será excluido de la licitación.

Gestión por Servicio	Precios unitarios máximos admitidos sin IVA
<i>Vuelos nacionales</i>	<i>10,00 euros</i>
<i>Vuelos europeos</i>	<i>10,00 euros</i>
<i>Vuelos resto del mundo</i>	<i>10,00 euros</i>
<i>Tren</i>	<i>3,00 euros</i>
<i>Transfer aeropuerto</i>	<i>5,00 euros</i>

*Las ofertas económicas presentadas por los licitadores serán puntuadas de forma proporcional entre las diferentes ofertas presentadas empleando la siguiente fórmula: Puntuación oferta que se valora = Puntuación máxima * Oferta más baja/Oferta que se valora.*

CRITERIO 2: Aumento por cobertura de riesgos: Máximo 10 puntos

Se valorarán las ofertas que mejoren las coberturas mínimas de los seguros indicados en el apartado 8 del pliego técnico”.

A la licitación convocada se presentador 9 licitadoras incluida la recurrente.

Tras la tramitación oportuna, con fecha 14 de enero de 2018, la Mesa de contratación procede a la apertura de las ofertas económicas y hace constar lo siguiente: *“La empresa AVORIS RETAIL DIVISION S.L. oferta un valor de -1€ en el servicio de Transfer al aeropuerto, y que al no contemplarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de ofertar valores negativos para los gastos de gestión, y tampoco la posibilidad de ofertar mejoras, la oferta de la mencionada empresa, no será tenida en cuenta y es excluida de la licitación”.*



El 15 de enero de 2019, se notificó a la empresa el Acuerdo de exclusión, donde se recogen los motivos de la misma.

Tercero.- El 4 de febrero de 2019, tuvo entrada, en el Tribunal, el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por AVORIS RETAIL DIVISION S.L. contra el acuerdo de exclusión. Considera que ni los Pliegos ni el modelo de oferta económica fijaban un importe mínimo, *“admitiendo por ello que ese importe mínimo fuera cero o un valor negativo”*. En consecuencia solita la anulación del acuerdo de exclusión y la admisión de su oferta.

Cuarto.- El 7 de febrero de 2019, el órgano de contratación remite al Tribunal copia del expediente de contratación y el informe a 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 (LCSP).

El informe argumenta que *“la cuestión suscitada se centra en que si bien en los pliegos, no se advierte que no se admiten valores negativos, han de interpretarse los mismos en su conjunto. Los contratos públicos, son ante todo contratos y las dudas que ofrecen su interpretación deben de interpretarse a la luz de la LCSP, y si no fuera posible de acuerdo al Código Civil. Los pliegos constituyen la ley del contrato y vinculan a los licitadores y también al órgano de contratación”*.

Añade además que la Mesa de contratación considera la oferta presentada por la recurrente como incongruente proponiendo un valor negativo, como comisión por un servicio prestado, entendiéndolo como un error manifiesto y por ello se le excluye de la licitación. Exponen que *“Aunque de la literalidad del pliego no se desprende que no se admiten valores negativos, de una interpretación sistémica del mismo y de una interpretación lógica del criterio ‘comisión de agencia’, podemos afirmar que esta constituye un porcentaje por la prestación de un servicio, por tanto carece de lógica*



que se puedan admitir comisiones de agencia negativas, cuando el pliego no las admite explícitamente. El criterio evaluable de forma automática, puntúa el descuento sobre la comisión por gestión de los servicios toda vez que el descuento no puede producirse en el mismo, sino sólo en la comisión de gestión pero no en la tarifa de los servicios. Sin embargo admitir comisiones del 0% no desvirtúa el concepto de comisión, por cuanto este porcentaje no implica un pago al contratante, que sería lo realmente contradictorio y que de ser negativo produciría la paradoja de que el órgano de contratación percibiría una contraprestación por percibir un servicio”.

Quinto.- No se ha dado traslado del recurso al resto de interesados, pues no se van a tener en cuenta en las resolución otros hechos ni otras alegaciones que las aducidas por el interesado y las que constan en el expediente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- Se acredita en el expediente la legitimación de Ávoris Retail Division S.L. para interponer recurso especial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 de la LCSP al tratarse de una persona jurídica licitadora al contrato “*cuyos derechos e intereses legítimos, individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso*” al haber resultado excluida de la licitación.

Asimismo se acredita la representación del firmante del recurso.



Tercero.- Madrid Cultura es una empresa de la Comunidad de Madrid que en virtud de lo establecido en el artículo 3 de la LCSP, forma parte del sector público.

El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios de valor estimado superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Cuarto.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 14 de enero de 2019, practicada la notificación el 15 e interpuesto el recurso el 4 de febrero de 2019, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1.c) de la LCSP.

Quinto.- Se argumenta en el recurso que la empresa presentó su oferta de conformidad a la literalidad de los pliegos y por tanto dando cumplimiento a lo establecido en el art. 139 de la LCSP. *“Siendo como es que la Mesa justifica la exclusión de mi representada con la siguiente argumentación ‘al no contemplarse en los pliegos de cláusulas administrativas particulares la posibilidad de ofertar valores negativos para los gastos de gestión y tampoco la posibilidad de ofertar mejoras, la oferta de la mencionada empresa, no será tomada en cuenta y es excluida de la licitación’ entendemos deberían excluirse del mismo modo a las empresas que han presentado ofertas de precio 0, puesto que el pliego tampoco recoge esta posibilidad y la Mesa debería, manteniendo su criterio de interpretación el cual no compartimos, haberlas excluido. Pero, por contra, la Mesa sí admite las ofertas de estas empresas, concretamente las de Corporación Travel Partners, Presstour España S.A., Viajes El Corte Inglés S.A., Globalia Corporate Travel S.L.U., Integración Agencias de Viajes S.A. y Gestora de Viajes y Negocios S.L. y simplemente indica que incurren en temeridad en los precios ofertados, facilitándoles el plazo recogido en el art. 149.4 LCSP para que justifiquen y desglosen razonada y detalladamente el bajo nivel de los precios, así como los aumentos en las coberturas de riesgos. Todas las empresas relacionadas han ofertado importe 0 para todos los servicios, salvo Atlanta Agencia*



de Viajes S.A. que sólo ha ofrecido 0 euros en los vuelos nacionales, siendo que ninguna de esas empresas ha resultado excluida por ello de la licitación a pesar de que la redacción del pliego tampoco recogía esta posibilidad, por lo que entendemos el órgano de contratación está actuando en contra de los principios básicos de la contratación pública, concretamente de los principios de no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, al no aplicar entre los licitadores una misma interpretación de los pliegos, aunque ésta, en opinión de esta parte, no sea correcta. Los pliegos no deberían tener que interpretarse, deberían ser, claros y explícitos y no generar duda alguna entre las partes”.

Añade además que “A mayor abundamiento queremos destacar aquí que la oferta de valores negativos en las licitaciones a servicios de agencia de viajes es una práctica habitual. Valgan como mero ejemplo de otras muchas, las licitaciones del Congreso de los Diputados del 2014, Exp. Congreso de los Diputados 2018, Exp. CIBER del 2017, Exp. AB0117 Licitaciones en las que, sin que en los Pliegos se excluya la posibilidad de presentar valores negativos, los licitadores los han incluido en sus ofertas y la licitación se ha adjudicado sin problema, motivo por el que por parte de mi representada no se planteó cuestión alguna al respecto antes de la presentación de su oferta”.

Conviene recordar en primer lugar que en el seno de la contratación pública es abundante la jurisprudencia que establece el sometimiento de la Administración y los licitadores a los Pliegos como ley del contrato, siendo éstos el elemento reglado que permite un control posterior, pues de lo contrario se puede estar discriminando a unos licitadores frente a otros e incurriendo en arbitrariedad en la valoración de las ofertas.

Es cierto que en este caso el Pliego no especifica que las ofertas económicas deben tener un valor positivo, o al menos cero, pero es evidente que el PCAP está sometido a la LCSP y es ésta norma en su artículo 2.1 la que establece categóricamente que “Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los



contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3.

Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta”.

En este mismo sentido, el artículo 102 determina:

“Precio.

1. Los contratos del sector público tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado. En el precio se entenderá incluido el importe a abonar en concepto de Impuesto sobre el Valor Añadido, que en todo caso se indicará como partida independiente”.

Por lo tanto debemos partir de la necesaria onerosidad de los contratos y de la necesidad de que exista una contraprestación para el contratista.

En el caso que analizamos la oferta económica está constituida por una serie de descuentos sobre unos precios unitarios. Esto significa que la oferta se realiza respecto de cada servicio y cada precio por lo que todos los valores que se incluyan deben ser positivos o cero para respetar el carácter oneroso de la oferta. Un valor negativo implicaría que el contratista no solo no recibe contraprestación sino que debe abonar a la Administración una cantidad, lo que vulneraría el carácter del contrato. Todo ello aun cuando del resultado final de sumas y restas pudiera resultar un saldo positivo para el contratista.

La oferta económica, según dice el Pliego, son descuentos sobre cada precio unitario de los servicios y esos precios son lo que ha de recibir en contraprestación el contratista. El precio puede ser cero y no recibirá nada por ese concepto, compensándolo obviamente con los demás precios pero de ser negativo debería entregar, desnaturalizando la esencia del contrato.



Como señala el Acuerdo 61/2014 8 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón *“Una de las cuestiones más debatidas en la teoría del Derecho patrimonial es, precisamente, la relativa a la gratuidad u onerosidad de los actos y negocios jurídicos. Debate que trae causa de la ausencia de regulación normativa acerca de qué es la onerosidad de un contrato, en el Derecho positivo. Sin necesidad de analizar con detenimiento la doctrina iusprivatista, puede afirmarse que no es precisa la existencia de una equivalencia, ni objetiva ni subjetiva, entre la obligaciones o sacrificios, sino que basta la existencia de una relación de causalidad, para la afirmación del carácter oneroso de una prestación. Es la relación de causalidad entre dos prestaciones, entre una prestación y una obligación o entre dos obligaciones, cualquiera que sea la equivalencia objetiva o no de las mismas, la que provoca el que se produzca el contrato oneroso. En el derecho público, tradicionalmente, el carácter oneroso de un contrato se ha referido a la existencia de un intercambio de prestaciones entre las partes contratantes; contraponiéndose, de este modo, a la figura de los contratos gratuitos, en los que uno de los contratantes se compromete a proporcionar al otro una ventaja pero sin recibir equivalente alguno, es decir, con ausencia de contraprestación. Es decir, la existencia de retribución y el coste económico para una de las partes es la característica de la onerosidad. En el ámbito comunitario, el TJUE ha admitido la configuración amplia del concepto onerosidad en las relaciones contractuales. Así, en la Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, Ordine Degli Architetti y otros, se afirma que el carácter oneroso de un contrato se refiere a la prestación que se ofrece al contratista por la realización del objeto del contrato (F.J. 77) o, en términos parecidos, en la Sentencia de 25 de marzo de 2010, asunto C-451/08, Helmut Müller GmbH, el TJUE considera que, para que pueda hablarse de la existencia de un contrato público de obras, es necesario que el poder adjudicador reciba una prestación a cambio de una contraprestación (F.J. 45); si bien, en este punto, se añade una matización importante, puesto que el Tribunal de Justicia exige que la prestación debe conllevar, además, un beneficio económico directo para el poder adjudicador (F.J. 49)”*.



En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el 46.1 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial interpuesto don Alejandro María Subías Cano en nombre y representación de Ávoris Retail Division S.L., contra el Acuerdo de la mesa de contratación de Madrid Cultura y Turismo S.A.U, de fecha 15 de enero de 2019, por el que se excluye a la recurrente de la licitación del contrato servicio de agencia de viajes para Madrid Cultura y Turismo, S.A.U., número de expediente 2/2018.

Segundo.- 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 58 de la LCSP.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, 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 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.

LA SECRETARIA DEL TRIBUNAL

