

Recurso 344/2023
Resolución 395/2023
Sección Primera

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Sevilla, 4 de agosto de 2023.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NAUTALIA VIAJES S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativa particulares que, entre otra documentación, rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de agencia de viajes de la Diputación Provincial de Almería”, convocado por la citada Diputación Provincial (Expte. 2023/D15000/006-302/00002), este Tribunal, en sesión celebrada el día de la fecha, ha dictado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El 2 de julio de 2023, se publicó en el perfil de contratante en la Plataforma de Contratación del Sector Público el anuncio de licitación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, del contrato de servicios indicado en el encabezamiento de esta resolución. Asimismo, los pliegos y demás documentación que rigen la licitación fueron puestos a disposición de las personas interesadas en dicho perfil de contratante el 3 de julio de 2023. El valor estimado del contrato asciende a 1.388.428,9 euros.

A la presente licitación le es de aplicación 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). Igualmente, se rige por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante Real Decreto 817/2009) y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante RGLCAP), aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en cuanto no se opongan a lo establecido en la citada LCSP.

SEGUNDO. El 20 de julio de 2023, tuvo entrada en el registro de este Tribunal escrito de recurso especial en materia de contratación interpuesto por NAUTALIA VIAJES S.L. (NAUTALIA, en adelante) contra el pliego de cláusulas administrativa particulares.

Mediante oficio de la Secretaría del Tribunal de 24 de julio de 2023, se dio traslado del recurso al órgano de contratación y se le requirió la documentación necesaria para su tramitación y resolución que, tras su reiteración, ha tenido posteriormente entrada en este Tribunal.

El 28 de julio de 2023, este Tribunal adoptó la medida cautelar de suspensión del procedimiento de adjudicación y acordó, asimismo, la suspensión del plazo concedido para la presentación de ofertas.

A la fecha de suspensión del citado plazo por parte de este Tribunal, no se había presentado ninguna oferta en la licitación, según comunicación del órgano de contratación; no procediendo cumplimentar el trámite de alegaciones al recurso.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Competencia.

Este Tribunal resulta competente para resolver en virtud de lo establecido en el artículo 46.1 de la LCSP y en el artículo 10.3 del Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, en su redacción dada por el Decreto 120/2014, de 1 de agosto; toda vez que la Diputación Provincial de Almería no ha manifestado que disponga de órgano propio para la resolución del recurso especial, habiendo remitido a este Tribunal la documentación necesaria para su resolución.

SEGUNDO. Legitimación.

Procede a continuación abordar la legitimación de la entidad recurrente para la interposición del presente recurso especial, dado que la misma, según la documentación que obra en el expediente de contratación, a la fecha de la presente resolución, no ha presentado oferta en el procedimiento de licitación.

En este sentido, el primer párrafo del artículo 48 de la LCSP establece que *“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”*.

En el supuesto examinado, la recurrente funda su impugnación en que el criterio de adjudicación del pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP) objeto de la controversia vulnera el principio de igualdad de trato y restringe sus posibilidades de acceso a la licitación en condiciones de igualdad efectiva. Por tanto, queda acreditada su legitimación para recurrir pues, precisamente, las bases de la licitación le provocan un perjuicio que pretende remediar con la interposición del recurso y el dictado de una eventual resolución estimatoria de sus pretensiones.

TERCERO. Acto recurrible.

El recurso se interpone contra el PCAP que rige la licitación de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a cien mil euros y ha sido convocado por un ente del sector público con la condición de Administración Pública. Por tanto, el acto recurrido es susceptible de recurso especial en materia de contratación al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 apartados 1 a) y 2 a) de la LCSP.

CUARTO. Plazo de interposición.

El recurso se ha interpuesto en plazo de conformidad con lo estipulado en el artículo 50.1 b) de la LCSP.

QUINTO. Fondo del asunto. Alegaciones de las partes

I. Alegaciones de la recurrente.



Solicita la anulación del criterio de adjudicación de evaluación automática establecido en el Anexo I del PCAP, ponderado con un máximo de 30 puntos, según la siguiente redacción:

“2. Red de oficinas: hasta 30 puntos

Para hacer frente a las necesidades concretas de los usuarios del contrato, la gestión telemática no es suficiente ya que, en muchas ocasiones es el propio viajero el que precisa, en su lugar de destino, gestionar sus billetes y solucionar cualquier incidencia, con lo que una red de oficinas amplia y de fácil acceso es importante a la hora de valorar el servicio que ofrece el licitador.

Estas oficinas de atención presencial ofrecen un trato personalizado que garantiza una mayor calidad e inmediatez en la resolución de eventuales problemas, circunstancia que no se garantiza mediante sistemas de atención telemática o telefónica, cuya respuesta es, en muchas ocasiones, lenta e ineficaz.

En consecuencia, se valorará la existencia, a disposición del contrato y durante todo su periodo de ejecución, de una red de oficinas propias, con capacidad de emisión y anulación de bonos de transporte, alojamiento y alquiler de vehículos, en los lugares de mayor tránsito por los usuarios del contrato: Aeropuerto de Almería, Aeropuerto Adolfo Suárez-Madrid Barajas, Aeropuerto Josep Tarradellas Barcelona-El Prat y en la Estación Madrid-Puerta de Atocha-Almudena Grandes.

Los licitadores acreditarán el cumplimiento de este criterio mediante la presentación de certificado emitido por AENA o ADIF, o cualquier otro medio que garantice su constancia, en el que se acredite la existencia y ubicación de dicha instalación a la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, así como con carácter previo a la formalización del contrato. La acreditación de tal circunstancia se presentará, en su caso, por los licitadores en el Sobre B.

Las puntuaciones a aplicar serán las siguientes:

| | |
|--|-------------------|
| <i>– Aeropuerto de Almería</i> | <i>10 puntos</i> |
| <i>– Aeropuerto Adolfo Suárez–Madrid Barajas</i> | <i>8 puntos</i> |
| <i>– Aeropuerto Josep Tarradellas Barcelona–El Prat</i> | <i>6 puntos</i> |
| <i>– Estación Madrid–Puerta de Atocha–Almudena Grandes</i> | <i>6 puntos.”</i> |

La recurrente aduce que el criterio es limitativo de la concurrencia, favoreciendo a un posible licitador frente a los demás, lo que resulta contrario a lo dispuesto en los artículos 1 y 132 de la LCSP. En concreto, señala que *“la existencia de una oficina de atención al público en el Aeropuerto Adolfo Suarez Madrid-Barajas y en el aeropuerto Josep Tarradellas Barcelona-El Prat, son resultado de una concesión administrativa a través de una licitación de la Agencia Española de Navegación Aérea y la misma a día de hoy está adjudicada a una de las agencias presumiblemente interesadas en la licitación del Servicio de Agencia de Viajes de la Diputación Provincial de Almería, Viajes El Corte Inglés, por lo que, cabe colegir que incluir este aspecto entre los criterios valorables en el apartado 2. Red de oficinas: Hasta 30 puntos de los Criterios de Adjudicación del Anexo I: CUADRO RESUMEN DE LAS CARACTERISTICAS DEL CONTRATO del Pliego de Cláusulas Administrativas es limitativo de la libre competencia, al favorecer a un posible licitador frente a los demás interesados.*

A mayor abundamiento, señalar que la concesión de Agencia de Viajes para el Aeropuerto de Adolfo Suarez Madrid-Barajas y para el Aeropuerto Josep Tarradellas Barcelona-El Prat, incluye la totalidad de ambos aeropuertos, por lo tanto, es la única entidad que puede optar a los 14 puntos establecidos para este criterio de valoración.

(...)



Por lo tanto, nos encontramos ante la valoración de un mérito limitador de la libre competencia y discriminatorio, puesto que solo una de las empresas, que posiblemente esté interesada en la licitación, puede cumplirlo, y por lo tanto optar a los 14 puntos”.

Cita, en apoyo de su pretensión, diversas resoluciones de Órganos administrativos de resolución de recursos contractuales, incluido el nuestro. En concreto, invoca nuestra Resolución 272/2016.

II Alegaciones del órgano de contratación.

Se opone a los motivos del recurso, esgrimiendo los siguientes argumentos:

1. Disponer de oficinas de atención presencial en los lugares más frecuentados por los usuarios del contrato constituye un factor de calidad que debe tenerse en cuenta a la hora de valorar las ofertas. La existencia de las citadas oficinas garantiza, además de una calidad adicional en la ejecución de la prestación, un adecuado servicio posventa y la asistencia técnica que, a la vista de la experiencia de los desplazamientos realizados por los usuarios del contrato, ha sido necesaria en numerosas ocasiones, ya que el servicio de atención telefónica para emergencias ha resultado lento e ineficaz.

Lo que se valora, por tanto, es que el contratista tenga a su disposición un establecimiento que le permita prestar a la Diputación de Almería un servicio de agencia de viajes, tour operador, oficina *rent a car* o cualquier otra dependencia que facilite la gestión para usuarios del contrato, y que cumpla con las exigencias establecidas en el artículo 145.2 de la LCSP para la evaluación de la mejor relación calidad-precio en la adjudicación de los contratos.

Asimismo, el órgano de contratación se apoya en una resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales para fundamentar su argumento de que *“la existencia de más o menos oficinas de atención al público en los lugares de mayor tránsito por los usuarios del contrato, es una circunstancia ajena a la Diputación de Almería, buscada por el órgano de contratación, no para favorecer a ningún licitador ni restringir la competencia, sino para la consecución de servicios de gran calidad y que respondan lo mejor posible a sus necesidades”.*

2. Según la información obtenida de la página web de Aeropuertos Españoles y Navegación Aérea (<https://www.aena.es/es/oportunidades-de-negocio/preguntas-frecuentes.html>), ninguna concesión tiene exclusividad. Así, alega que las manifestaciones de la recurrente son solo insinuaciones carentes de fundamento. Y añade *“En primer lugar, debemos manifestar que en ambos aeropuertos mencionados por la recurrente (Madrid y Barcelona) no existe sólo una oficina de atención al público de agencia de viajes –como parece insinuarse de contrario- sino que son varias las empresas que ofrecen este mismo tipo de servicios de atención al público. Concretamente, en el Aeropuerto Adolfo Suárez Madrid-Barajas, uno de los incluidos en el criterio de adjudicación ahora cuestionado, existen en la actualidad al menos tres oficinas de atención al público de agencias de viajes y turoperadores, como son Alsa Transfer, Bus & Fly y Viajes El Corte Inglés (...)*

Igual se puede afirmar del Aeropuerto Josep Tarradellas Barcelona-El Prat, en el que actualmente existen las siguientes oficinas de atención al público, relativas a los mismos servicios: Alcam, Coral Travel, From 2 Travel, Giovanni Bus Travel e iTravex.

(...) Por lo que las afirmaciones vertidas sobre la mercantil Viajes El Corte Inglés, también podrían realizarse sobre Alsa Transfer, Bus & Fly o sobre otras agencias que deseen ofertar sus servicios en las terminales del aeropuerto.



Finalmente, hemos de subrayar que, tras analizar la amplia información que presenta la entidad empresarial AENA en su departamento comercial, queda demostrado que, en sus diferentes aeropuertos, lejos de fijar una posición exclusiva o monopolística, presenta diferentes y variadas tipologías de establecimientos o dependencias mercantiles (agencias de viajes, touroperadores, alquiler de coches, etc.) que perfectamente pueden albergar un servicio de oficina “con capacidad de emisión y anulación de bonos de transporte, alojamiento y alquiler de vehículos”; tal como indica el pliego de prescripciones técnicas”

SEXTO. Fondo del asunto. Consideraciones del Tribunal.

Expuestas las alegaciones de las partes, procede centrar el objeto de la controversia suscitada. NAUTALIA solicita la anulación del criterio de adjudicación impugnado -anteriormente reproducido- por ser limitativo de la concurrencia y funda su pretensión en que el mismo valora un mérito o aspecto que solo una empresa puede cumplir, siendo en consecuencia la única que puede optar a conseguir 14 de los 30 puntos que, como máximo, pueden obtenerse en el referido criterio de valoración.

Manifiesta textualmente que *“la existencia de una oficina de atención al público en el Aeropuerto Adolfo Suarez Madrid-Barajas y en el aeropuerto Josep Tarradellas Barcelona-El Prat, son resultado de una concesión administrativa a través de una licitación de la Agencia Española de Navegación Aérea y la misma a día de hoy está adjudicada a una de las agencias presumiblemente interesadas en la licitación del Servicio de Agencia de Viajes de la Diputación Provincial de Almería, Viajes El Corte Inglés”*. Es decir, la recurrente denuncia que solo la entidad denominada “Viajes el Corte Inglés” podría obtener 14 de los 30 puntos señalados en el criterio de adjudicación al ser la única que dispone de oficinas en los Aeropuertos Adolfo Suárez-Madrid Barajas (8 puntos) y Josep Tarradellas Barcelona-El Prat (6 puntos).

Procede, pues, analizar estrictamente la pretensión de anulación del criterio con base en el motivo expuesto. Es decir, el ámbito de decisión de este Tribunal viene delimitado por la pretensión de anulación esgrimida en el recurso, debiendo ceñir nuestro examen a la legalidad o no del criterio por las razones que denuncia NAUTALIA. Tal proceder viene impuesto por el principio de congruencia recogido en el artículo 57.2 de la LCSP conforme al cual *“La resolución del recurso estimará en todo o en parte o desestimaré las pretensiones formuladas o declarará su inadmisión, decidiendo motivadamente cuantas cuestiones se hubiesen planteado. En todo caso, la resolución será congruente con la petición (...)”*

En consecuencia, no hemos de analizar en abstracto si el criterio impugnado, al valorar una red de oficinas en determinados aeropuertos y estaciones de tren, es limitativo de la concurrencia y vulnera el principio de igualdad de trato por otorgar una ventaja competitiva a aquellos potenciales licitadores que dispongan de las citadas oficinas. No es este el debate que suscita el recurso, que únicamente se centra en la ilegalidad del criterio desde la perspectiva de que solo una entidad, en virtud de una concesión administrativa otorgada en exclusiva, puede optar a 14 de los 30 puntos que como máximo se pueden recibir en el criterio de adjudicación.

Pues bien, la recurrente efectúa esta alegación sobre la exclusividad sin acreditar este extremo, ni aportar prueba alguna de que así sea. De hecho, el órgano de contratación afirma lo contrario y señala que en el Aeropuerto de Madrid Barajas hay al menos *“tres oficinas de atención al público de agencias de viajes y touroperadores, como son Alsa Transfer, Bus & Fly y Viajes El Corte Inglés,”* y en el Aeropuerto de Barcelona *“actualmente existen las siguientes oficinas de atención al público, relativas a los mismos servicios: Alcam, Coral Travel, From 2 Travel, Giovanni Bus Travel e iTravex”*.

En definitiva, NAUTALIA combate la legalidad del criterio de adjudicación y construye su argumentación sobre la base de que solo existe una eventual licitadora con posibilidad de optar a 14 de los 30 puntos asignados a aquel;



y ello, por ser la única con oficinas en tales aeropuertos, pero no acredita esta manifestación que, además, desvirtúa el órgano de contratación al señalar la existencia de otras oficinas y touroperadores en los citados aeropuertos, extremo que ha sido constatado igualmente por este Tribunal acudiendo a la página web de AENA.

Así las cosas, el único hecho en que la recurrente sustenta su pretensión y que, de haber concurrido, podría haber determinado en principio la ilegalidad del criterio por su carácter restrictivo de la concurrencia, no ha resultado acreditado; constatándose que existe más de un eventual licitador con posibilidad de ofertar en el citado criterio, sin que proceda examinar la adecuación a derecho del mismo desde otra perspectiva distinta a la alegada por cuanto excedería de lo pedido.

Con base en las consideraciones realizadas y atendiendo a la pretensión ejercitada en el recurso, el mismo debe ser desestimado.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal

ACUERDA

PRIMERO. Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la entidad **NAUTALIA VIAJES S.L.** contra el pliego de cláusulas administrativa particulares que, entre otra documentación, rige el procedimiento de adjudicación del contrato denominado “Servicio de agencia de viajes de la Diputación Provincial de Almería”, convocado por la citada Diputación Provincial (Expte. 2023/D15000/006-302/00002).

SEGUNDO. Acordar, de conformidad con lo estipulado en el artículo 57.3 de la LCSP, el levantamiento de la suspensión del procedimiento de adjudicación adoptada por este Tribunal mediante Resolución de 28 de julio de 2023.

TERCERO. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso, por lo que no procede la imposición de multa en los términos previstos en el artículo 58.2 de la LCSP.

NOTIFÍQUESE la presente resolución a las personas interesadas en el procedimiento.

Esta resolución es definitiva en vía administrativa y contra la misma solo cabrá la interposición de recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la recepción de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

