



Expediente: 124/2020

ACUERDO 3/2021, de 13 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra, por el que se resuelve la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por AVORIS RETAIL DIVISION, S.L. frente a la exclusión de su oferta presentada en el contrato “*Servicio de agencia de viajes para las Sociedades Públicas del Gobierno de Navarra*”, licitado por Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U. (CPEN).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de septiembre de 2020, Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U. (en adelante CPEN) publicó en el Portal de Contratación de Navarra el anuncio de licitación del contrato “*Servicio de agencia de viajes para las Sociedades Públicas del Gobierno de Navarra*”.

A dicho contrato concurrieron los siguientes licitadores:

- AVORIS RETAIL DIVISION, S.L.
- AZUL MARINO VIAJES, S.L.U.
- GLOBALIA CORPORATE TRAVEL, S.L.U.
- VIAJES EL CORTE INGLÉS, S.A.
- VIAJES EROSKI, S.A.U.

SEGUNDO.- Con fecha 8 de octubre de 2020 tuvo lugar la apertura del sobre A “Documentación General”, constatándose que la documentación presentada por todos los licitadores era correcta.

En la misma fecha se procedió a la apertura del sobre B “Propuesta de criterios cualitativos”, atribuyéndose las correspondientes puntuaciones con fecha 19 de octubre.

Finalmente, con fecha 22 de octubre tuvo lugar la apertura del sobre C “Propuesta de criterios cuantificables mediante fórmulas”, realizándose por parte de la Mesa de Contratación una propuesta de exclusión de la oferta formulada por AVORIS RETAIL DIVISION, S.L., por los siguientes motivos:

“(…) se constata que, en la propuesta correspondiente al criterio de valoración 8. Precio:

La entidad oferta 0 € para todos los conceptos.

En la estipulación 6.2. de las Condiciones Regulatoras se establece que: “No cabrá no ofertar importe en concepto de fee, dado el necesario carácter oneroso del contrato, salvo en determinadas actuaciones como reservas en alojamiento o alquiler de vehículos, donde se entenderá, en su caso, que la retribución por dichos servicios de gestión se encuentra incluida dentro de la tarifa ofertada, según el apartado 6.1. (a)”.

Por tanto, la mesa acuerda la inadmisión de la misma por contravenir las condiciones regulatoras establecidas en dicha estipulación 6.2.”

Con base en dicha propuesta, la oferta del citado licitador fue excluida del procedimiento de adjudicación.

TERCERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2020, AVORIS RETAIL DIVISION, S.L. interpuso una reclamación especial en materia de contratación frente a la exclusión de su oferta.

El propio 23 de noviembre se solicitó la subsanación de la reclamación presentada, a fin de que se aportara la copia de la comunicación, notificación o indicación de la publicación del acto objeto de impugnación, conforme a lo dispuesto en el artículo 126.2.a) de la LFCP. La correspondiente subsanación se produjo el 24 de noviembre.

En la reclamación interpuesta se formulan las siguientes alegaciones:

1ª. Que el motivo de la inadmisión es “no ofertar importe en concepto de fee, dado el carácter necesario oneroso del contrato”, pero que, sin embargo, el propio pliego excluye esta limitación en el caso de “determinadas actuaciones, como reservas

de alojamiento o alquiler de vehículos, donde se entenderá, en su caso, que la retribución por dichos servicios de gestión se encuentra incluida dentro de la tarifa ofertada”.

2ª. Que, de lo anterior, se desprende que esa limitación de no ofertar importe en concepto de fee no afecta a las actuaciones en las que la retribución está incluida dentro de la tarifa ofertada, *“Y este es nuestro caso en cuanto a las tarifas aéreas y de tren, de las que percibimos una rentabilidad en base a nuestros acuerdos particulares con las compañías proveedoras”.*

3ª. Que, por lo tanto, sí se respeta el carácter oneroso del contrato, porque no hay ningún producto de los que requiere el servicio a prestar que no tenga una retribución para su empresa y no sería razonable que no se pueda aplicar el mismo criterio para unos (alojamiento, rent a car, etc.) que para otros, dado que en el pliego lo que se prima es únicamente que haya una retribución, y los productos expresamente señalados se indican a modo de ejemplo y no como relación extensiva de excepciones.

Por ello, solicita que se les incluya en el proceso de valoración del contrato.

CUARTO.- Con fecha 25 de noviembre de 2020, CPEN aportó el expediente del contrato y presentó un escrito de alegaciones frente a la reclamación interpuesta, en cumplimiento del artículo 126.4 de la LFCP.

Señala que tanto la jurisprudencia como los tribunales contractuales manifiestan la consideración de que los pliegos constituyen la ley del contrato, siendo vinculantes sus cláusulas tanto para la entidad que licita como para los licitadores que presentan una oferta, citando la sentencia 442/2018, de 21 de diciembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y el Acuerdo 2/2019, de 21 de enero, de este Tribunal.

En relación con lo anterior, señala que en este supuesto es clara la determinación de la estipulación 6.2, que no admite no ofertar importe en concepto de fee, dado el carácter oneroso del contrato, salvo en determinadas actuaciones como reservas en alojamiento o alquiler de vehículos, lo cual no ampara que los precios unitarios que

figuran en el anexo puedan ser de 0 euros, como ha sucedido en la oferta presentada por el reclamante.

Atendiendo a lo expuesto, se solicita la inadmisión de la reclamación presentada por carecer manifiestamente de fundamento.

QUINTO.- El 27 de noviembre de 2020 se dio traslado a los demás interesados para que alegasen lo que estimasen oportuno, conforme al artículo 126.5 de la LFCP, sin que se haya formulado alegación alguna.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- CPEN es una sociedad mercantil de las previstas en el artículo 4.1.e) de la LFCP, por lo que las decisiones que adopte en el marco de un procedimiento de adjudicación de contratos públicos pueden ser impugnadas ante este Tribunal de acuerdo con el artículo 122.2 de la misma Ley Foral.

SEGUNDO.- La reclamación ha sido interpuesta por persona legitimada al tratarse de un licitador, cumpliendo con ello el requisito establecido en el artículo 123.1 de la LFCP.

TERCERO.- La reclamación se fundamenta en las infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados, conforme al artículo 124.3.c) de la LFCP.

CUARTO.- La interposición de la reclamación se ha realizado en la forma prevista en el artículo 126.1 de la LFCP.

No consta en el expediente remitido por el órgano de contratación el justificante de la notificación de la exclusión de su oferta a la reclamante, no señalándose tampoco nada a este respecto en la reclamación ni en las alegaciones presentadas por aquel. Por ello, ante esta carencia de justificación o alegación, debe considerarse que la

reclamación se ha interpuesto dentro del plazo previsto en el artículo 124.2.b) de la LFCP.

QUINTO.- Como cuestión previa debemos analizar la petición del órgano de contratación, formulada en sus alegaciones, solicitando la inadmisión de la reclamación por carecer manifiestamente de fundamento, puesto que de concurrir esta circunstancia, resultaría innecesario entrar a examinar el resto de alegaciones que se realizan.

Tal petición encuentra fundamento en el art. 127.3 de la LFCP en el que señala, en su letra e), que serán causas de inadmisión, entre otras, *“la carencia manifiesta de fundamento”*.

No obstante, dichas causas de inadmisión, con el fin de garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva deben interpretarse restrictivamente, en este sentido conviene recordar la doctrina existente al respecto. Así se recoge, entre otros, en nuestros Acuerdos 21/2018, de 12 de marzo, y 90/2018, de 11 de septiembre. En concreto, en el primero de ellos, dijimos que *“En este sentido, conviene advertir que la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en cada caso los regulen, son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio “pro actione ” exige restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican.”*. Especificando en el último de los acuerdos citados que la citada interpretación restringida *“se impone, especialmente, en lo referente a la ausencia de fundamento, a fin de evitar que esta vía se utilizada como una fórmula de desestimación anticipada de la reclamación”*.

Asimismo, en el Acuerdo 74/2020, de 4 de septiembre, señalamos lo siguiente:

“Conviene advertir, en primer término, que la apreciación de las circunstancias de admisibilidad de los recursos afecta al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE y, en consecuencia, la interpretación de las causas que en relación con los mismos establezcan las normas que en cada caso los regulen, son de interpretación estricta, resultando, además, que el principio “pro actione” exige restringir al máximo las causas de inadmisibilidad de los recursos, si bien debe ser entendido no como la forzosa selección de la interpretación más favorable a la admisión de entre todas las posibles de las normas que la regulan, sino como la interdicción de aquellas decisiones de inadmisión que por su rigorismo, por su formalismo excesivo o por cualquier otra razón revelen una clara desproporción entre los fines que aquellas causas preservan y los intereses que sacrifican. Así lo viene declarando de forma reiterada el Tribunal Constitucional – por todas, Sentencia de 11 de abril de 2013 -, que pone de relieve que “Tal como ha reiterado este Tribunal, el derecho de acceso a la jurisdicción, como garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), si bien no exige necesariamente seleccionar la interpretación más favorable a la admisión de un procedimiento entre todas las que resulten posibles, sí impone que los óbices procesales se interpreten de manera proporcionada ponderando adecuadamente los fines que preserva ese óbice y los intereses que se sacrifican”.

Debe traerse a colación, en este sentido, la doctrina constitucional en materia de acceso a la jurisdicción contenida, entre otras muchas, en la STC 102/2009: "corresponde a este Tribunal, como garante último del derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, examinar la razón en que se funda la decisión judicial que inadmite la demanda o que, de forma equivalente, excluye el pronunciamiento sobre el fondo del asunto planteado. Y ello, como es obvio, no para suplantarse la función que a los Jueces y Tribunales compete de interpretar las normas jurídicas en los casos concretos controvertidos, sino para comprobar si las razones en que se basa la resolución judicial está constitucionalmente justificada y guarda proporción con el fin perseguido por la norma en que dicha resolución se funda. En esta tarea el Tribunal tiene que guiarse por el principio hermenéutico pro actione, que opera en el ámbito del acceso a la jurisdicción con especial intensidad, ampliando el canon de control de constitucionalidad frente a los supuestos en los que se ha obtenido una primera respuesta judicial; de manera que, si bien no obliga a la forzosa selección de la interpretación más favorable al acceso a la justicia de entre todas las posibles, sí

proscribe aquellas decisiones judiciales que, no teniendo presente la ratio del precepto legal aplicado, incurren en meros formalismos o entendimientos rigoristas de las normas procesales que obstaculizan la obtención de la tutela judicial mediante un primer pronunciamiento sobre las pretensiones ejercitadas, vulnerando así las exigencias del principio de proporcionalidad (por todas, STC 188/2003, de 27 de octubre, FJ 4). Por ello el examen que hemos de realizar en el seno de un proceso constitucional de amparo, cuando en él se invoca el derecho a obtener una primera respuesta judicial sobre las cuestiones planteadas, permite, en su caso, reparar, no sólo la toma en consideración de una causa que no tenga cobertura legal o que, teniéndola, sea fruto de una aplicación arbitraria, manifiestamente irrazonable o incurra en un error patente que tenga relevancia constitucional, sino también aquellas decisiones judiciales que, desconociendo el principio pro actione, no satisfagan las exigencias de proporcionalidad inherentes a la restricción del derecho fundamental (SSTC 237/2005, de 26 de septiembre, FJ 2; 279/2005, de 7 de noviembre, FJ 3; y 26/2008, de 11 de febrero, FJ 5, por todas)".

Quiere ello decir que el derecho a la tutela judicial efectiva - como afirma el Tribunal Constitucional, entre otras, en Sentencia 40/1994, de 25 de febrero - si bien también se satisface cuando el pronunciamiento Jurisdiccional no sea de fondo, sino de inadmisión, ello ha de ser siempre que ésta se funde en una causa prevista en la Ley interpretada en los términos más favorables a la efectividad del acceso a la Jurisdicción para obtener una resolución de fondo y aplicada razonada y razonablemente.

(...).

En consecuencia, de dichos preceptos – artículos 124.3 y 127.3 de la LFCP – resulta que las causas de interposición de la reclamación en materia de contratación pública son tasadas, de manera que para determinar la procedencia o no de la misma debe analizarse previamente si el supuesto coincide con alguno de los previstos en la norma y que tienen carácter de "numerus clausus"; análisis que requiere, conforme al principio de seguridad jurídica, una interpretación restrictiva de la concurrencia de causa de inadmisión fundada en tal motivo. Interpretación restringida que se impone, especialmente, en lo referente a la ausencia de fundamento, a fin de evitar que esta vía sea utilizada como una fórmula de desestimación anticipada de la reclamación.

Debe advertirse, asimismo, que la interpretación de todas las causas de inadmisión debe preservar el efecto útil de la Directiva 2007/66, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos; que aconseja una interpretación de las causas de inadmisión, que facilite el control de las posibles ilegalidades.

Como indica la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 127/2018, de 12 de abril, por recurso que carece manifiestamente de fundamento, a efectos de su inadmisión a trámite, debe entenderse el que puede ser desestimado sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del asunto, por ser notoriamente improsperable la pretensión deducida a través del mismo. Imponiéndose, por tanto, limitar tal causa de inadmisión a aquellos supuestos en que la falta de fundamento aparezca como evidente y palmaria, a primera vista y cuando sea apreciable mediante sumárisimo enjuiciamiento del fondo del asunto.”

La aplicación de la doctrina transcrita al supuesto que analizamos nos lleva a concluir en favor de su admisibilidad, puesto que el reclamante, tras ser excluido al haber formulado una oferta económica que vulnera aparentemente la cláusula 6.2 de las condiciones reguladoras del contrato, fundamenta su reclamación en “*infracciones de las normas de publicidad, concurrencia y transparencia en la licitación o adjudicación del contrato y, en particular, de los criterios de adjudicación fijados y aplicados*” motivo expresamente previsto en el art. 124.3.c) de la LFCP, siendo además el acto objeto de la reclamación susceptible de impugnación conforme dispone el art. 122.2 de la misma ley foral al excluirle de la licitación.

Por ello, con independencia de la decisión que proceda sobre el fondo de la cuestión planteada, consideramos que no cabe apreciar la carencia manifiesta de fundamento de la reclamación interpuesta, en consecuencia, procede rechazar la causa de inadmisión de la reclamación invocada.

SEXTO.- Entrando en el fondo del asunto suscitado en el procedimiento de reclamación debemos partir de que es única la cuestión a dilucidar, consistente en determinar si como sostiene la reclamante no se constata en su oferta el motivo causante

de su exclusión, o como rebate el órgano de contratación es clara la determinación de la estipulación 6.2, que no admite no ofertar importe en concepto de fee, por lo que al ofertar precios unitarios de 0 euros, como ha sucedido en la oferta procede por tanto su exclusión.

Al respecto manifiesta la reclamante que su oferta respeta el carácter oneroso del contrato, dado que la rentabilidad que percibe respecto a las tarifas aéreas y de tren se basa en sus acuerdos particulares con las compañías proveedoras, manifestando que el pliego permite no ofertar importe en concepto de fee respecto a las reservas de alojamiento o alquiler de vehículos, siendo esta una enumeración que se realiza sólo de forma ejemplificativa, y no sería razonable no aplicar el mismo criterio para otros servicios.

Expuestas sucintamente ambas posturas procede, en primer lugar, examinar lo dispuesto en las condiciones reguladoras del contrato.

Su cláusula 4ª señala que *“La prestación del servicio incluirá la gestión de la reserva, emisión, modificación, anulación y entrega de los billetes de transporte aéreo, terrestre y marítimo, los servicios de alojamiento y de alquiler de vehículos, así como cualquier otro servicio propio de una agencia de viajes, que resulten necesarios con motivo de los desplazamientos y estancias que requieran las sociedades públicas del Gobierno de Navarra, así como cualquier soporte, asesoramiento y consultoría en relación con la gestión del servicio y el gasto, acciones de mejora, optimización, etc.”*

Por su parte la cláusula 6º regula el precio de los servicios, que comprende dos conceptos: viajes y honorarios por gestión y respecto de estos últimos, se señala lo siguiente:

“6.2. HONORARIOS POR GESTIÓN

Sobre dichos viajes, la Agencia aplicará cargos por gestión (en adelante, “fee”): emisión de billetes de tren, vuelos nacionales, y vuelos internacionales, emisión de reservas de alojamiento y emisión de reservas de alquiler de vehículo. A su vez, también se aplicará fee en caso de reemisión y/o reembolso de billete aéreo o de tren.

En el caso de emisiones de billetes de ida y vuelta, con el mismo operador, se entenderá como una única gestión, a efectos de aplicar el fee correspondiente.

No cabrá no ofertar importe en concepto de fee, dado el necesario carácter oneroso del contrato, salvo en determinadas actuaciones como reservas en alojamiento o alquiler de vehículos, donde se entenderá, en su caso, que la retribución por dichos servicios de gestión se encuentra incluida dentro de la tarifa ofertada, según el apartado 6.1. (a).

En el caso reservas de pernoctación a través de plataforma tipo booking, expedia o similar, se entenderá una gestión por reserva (alojamiento contratado), independientemente del número de personas en el alojamiento o de la duración del mismo.”

La cláusula 7ª establece los precios máximos de licitación en función de los “fees” que se detallan seguidamente:

CONCEPTO	Precio máximo de licitación (Fee), en euros
Billete vuelo nacional (no low cost*)	18
Billete vuelo Unión Europea (no low cost*)	34
Billete vuelo no Unión Europea (no low cost*)	55
Billete vuelo en compañía low cost*	45
Billete tren	4
Reserva pernoctación mediante Sistema de Distribución Global (según apartado 6.1.a y 6.1.b)	1
Reserva pernoctación a través de plataforma tipo booking, expedia o similar, o directamente al establecimiento.	5
Reserva pernoctaciones en acciones organizadas por terceros (ver estipulación 6.1.c)	5
Reserva alquiler vehículo	1
Reemisiones y/o reembolsos aéreo	12
Reemisiones y/o reembolsos tren (“Renfe”)	2

La cláusula 21ª regula el contenido de los sobres que los licitadores debían presentar, correspondiendo el sobre C a la “*propuesta criterios cuantificables mediante*

fórmulas”, estableciendo en el octavo y último de los criterios respecto de los que se ha de formular oferta, el relativo al precio lo siguiente:

“8. Precio

□ Se ofertará precios unitarios, conforme al modelo incluido en el anexo VI. Los importes ofertados no podrán ser superiores a ninguno de los “precios máximos de licitación” recogidos en dicho anexo.

Deberá tenerse en cuenta que cada persona licitadora no podrá presentar más de una proposición económica. La infracción de esta obligación supondrá la exclusión de las ofertas que esta haya suscrito.”

Por último, la cláusula 24ª regula los criterios de adjudicación, entre los que se valora el precio de los servicios con hasta 30 puntos; criterio que se desarrolla en la cláusula 25ª.

Igualmente conviene indicar que es un hecho indiscutido que la reclamante ha ofertado un precio de 0 euros en todos los conceptos de fee, sin embargo discrepa de su inadmisión, por considerar que *“esa limitación de no ofertar importe en concepto de fee no afecta a las actuaciones en las que la retribución está incluida dentro de la tarifa ofertada. Y este es nuestro caso en cuanto a las tarifas aéreas y de tren, de las que percibimos una rentabilidad en base a nuestros acuerdos particulares con las compañías proveedoras.*

Entendemos por tanto que si se respeta el carácter de oneroso del contrato, porque no hay ningún producto de los que requiere el servicio a prestar que no tenga una retribución para nuestra empresa (...)”

Partiendo de lo expuesto hasta ahora cabe señalar que conforme dispone el artículo 3 de la LFCP *“Son contratos públicos, a efectos de esta ley foral, los contratos onerosos celebrados por escrito entre una o varias empresas o profesionales y una o varias entidades sometidas a esta ley foral, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos, la prestación de servicios o las concesiones de obras y servicios, así como los contemplados en el artículo 5 de esta ley foral.*

Se entenderá que concurre el carácter oneroso cuando el contratista obtenga algún beneficio de tipo económico, ya sea forma directa o indirecta.”

Respecto al requisito de la onerosidad en los contratos públicos, en la Sentencia de 10 Septiembre de 2020, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se establece, lo siguiente: “24. A este respecto, es preciso recordar que el artículo 2, apartado 1, punto 5, de la Directiva 2014/24 define los «contratos públicos» como «los contratos onerosos celebrados por escrito entre uno o varios operadores económicos y uno o varios poderes adjudicadores, cuyo objeto sea la ejecución de obras, el suministro de productos o la prestación de servicios».

25. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, del sentido jurídico habitual del término «oneroso» se desprende que hace referencia a un contrato en virtud del cual cada una de las partes se obliga a realizar una prestación en contrapartida de otra prestación (véase, en este sentido, la sentencia de 18 de octubre de 2018, *IBA Molecular Italy*, C-606/17, EU:C:2018:843, apartado 28). El carácter sinalagmático del contrato es así una característica esencial de un contrato público (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de diciembre de 2016, *Remondis*, C-51/15, EU:C:2016:985, apartado 43; de 28 de mayo de 2020, *Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung*, C-796/18, EU:C:2020:395, apartado 40, y de 18 de junio de 2020, *Porin kaupunki*, C-328/19, EU:C:2020:483, apartado 47).

26. Tal como ha señalado el Abogado General en el punto 47 de sus conclusiones, aun cuando tal contraprestación no deba necesariamente consistir en el pago de una cantidad de dinero, de manera que la prestación puede retribuirse mediante otras formas de contrapartida, como el reembolso de los gastos soportados por prestar el servicio pactado (véanse, entre otras, las sentencias de 19 de diciembre de 2012, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce y otros*, C-159/11, EU:C:2012:817, apartado 29; de 13 de junio de 2013, *Piepenbrock*, C-386/11, EU:C:2013:385, apartado 31, y de 18 de octubre de 2018, *IBA Molecular Italy*, C-606/17, EU:C:2018:843, apartado 29), no es menos cierto que el carácter sinalagmático de un contrato público se traduce necesariamente en la creación de obligaciones jurídicamente vinculantes para cada una de las partes, cuyo cumplimiento debe poder reclamarse judicialmente (véase, en este sentido, la sentencia de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, EU:C:2010:168, apartados 60 a 62).”

Igualmente cabe citar el Acuerdo 38/2020, de 17 de junio, de este Tribunal, en el que indicamos lo siguiente:

“Así pues, la cuestión que debe resolverse es, si el hecho de que se establezca un precio de 0 euros para uno de los productos incluidos en el lote 3, tiene como consecuencia la anulación de la onerosidad del contrato, la certeza sobre el precio y su adecuación al Mercado, así como la vulneración del derecho de los contratistas a la remuneración de las prestaciones realizadas.

A este respecto, la doctrina de los tribunales de contratos ha venido a establecer que la existencia de un precio unitario de 0 euros no incide sobre la onerosidad del contrato, ni sobre el equilibrio entre las partes, lo que es extensible al resto de notas cuya vulneración se afirma en este caso, en la medida en que el coste del producto ofertado a 0 euros puede considerarse incluido en el precio total del contrato.

Así lo recoge la Resolución 38/2018, de 31 de enero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que al resolver una reclamación relativa a una oferta de 0 euros respecto a uno de los precios unitarios, señala, en su fundamento quinto, que:

“El modelo de proposición económica aprobado en el PCAP no contempla el importe total por el que se comprometen los licitadores a ejecutar el contrato sino tan solo el precio/hora unitario ofertado para cada categoría con y sin IVA.

(...).

Como reiteradamente ha manifestado este Tribunal, la exigencia de que el cálculo del valor del contrato se ajuste a los precios de mercado tiene por objeto garantizar que en la contratación exista un equilibrio entre las partes y que ninguna de ellas obtenga un enriquecimiento injusto, así como garantizar la viabilidad de las prestaciones objeto del mismo, que se establecen en función del interés general que persigue la actuación administrativa.

El Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, en un supuesto semejante al que ahora nos ocupa, estimó un recurso, trayendo a colación la STJUE de 25 de marzo de 2010, asunto C451/08, Helmut Müller GmbH, en que 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). Los tribunales de recursos contractuales admiten un concepto amplio de onerosidad y han

reconocido la posibilidad de ofertar cero euros por alguna de las prestaciones que integran el contrato, al entender que el coste de los servicios ofertados a cero euros podía considerarse incluido en el precio general del contrato. Así, el TACRC en las Resoluciones 661/2014 y 1045/2015, la Resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León 98/2015 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en sus Acuerdos 61/2014 y 13/2015.

Cabe citar también la Resolución 396/2014, del TACRC, que, tras mencionar las conclusiones del Abogado General, presentadas el 11 de abril de 2013, en el Asunto C- 576/10 y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de marzo de 2010, en el asunto 451/2010, concluye que “estos pronunciamientos cuando hablan de la onerosidad del contrato público se centran, sobre todo, en el beneficio del poder que adjudica el contrato, resultando, al menos en estas referencias, la naturaleza de la contraprestación de la otra parte, del contratista, que funciona también como esencial en los contratos onerosos, pero con un carácter, si se quiere, menos riguroso, al menos en lo que al concepto económico se refiere, que el beneficio económico que debe suponer, en todo caso, el contrato, para la administración.”

Este Tribunal, acogiendo la doctrina expuesta, considera que la proposición ofertada por la adjudicataria (cero euros/hora en el coste de uno de los integrantes del equipo que prestará el contrato) no es contraria a derecho ni anula la nota de onerosidad del contrato, en la medida que puede entenderse, que dicho coste se retribuye con cargo al precio general del contrato. Abunda en esta consideración la circunstancia de que existen supuestos admitidos normativa y doctrinalmente en que eventualmente una prestación o producto de los ofertados puede serlo a precio cero euros, como sería el caso de las ofertas integradoras, variantes con rapeles, ofertas 3x2, etc.

Este Tribunal considera además que la oferta de la adjudicataria no infringe los principios de concurrencia e igualdad una vez que se admite la onerosidad del contrato, puesto que nada impide que otros licitadores hubieran realizado la misma oferta sin que exista por otro lado identidad de razón con las Resoluciones del TACRC citadas por la recurrente en que la oferta a la postre se traduce en una cantidad indeterminada de productos que ni responde a las necesidades del órgano de contratación, ni es posible ejecutar. Sin embargo, en este caso se trata del precio hora del coordinador cuyas horas de prestación están determinadas en la oferta y que deben

entenderse incluidas en el precio global del contrato sin que ello implique que no van a verse satisfechos los derechos laborales del trabajador que desempeñe tales tareas.

Por todo lo cual considera el Tribunal debería desestimarse el recurso por este motivo.

El Acuerdo 61/2014, de 8 de octubre, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón que se cita en la anterior Resolución, señala en su fundamento de derecho cuarto, respecto a la onerosidad de los contratos, lo siguiente:

“El recurrente defiende también, frente al criterio de la Mesa de contratación, que no puede alegarse falta de onerosidad a su oferta, ya que el valor de 0 euros consignado afecta únicamente a una parte complementaria de la prestación, siendo evidente que si va a haber contraprestación económica, teniendo ese valor de 0 euros una incidencia menor en el volumen total del contrato.

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 que 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 las 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. En la Sentencia de 12 de julio de 2001, asunto C-399/98, Ordene Delhi Architeti 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 (FAA. 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 (FAA. 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 (FAA. 49). Así pues, en el procedimiento objeto del recurso, es claro y meridiano que el licitador recurrente oferta cero (0) euros por el precio de la hora de limpieza a requerimiento (oferta por la que debe obtener 5 puntos) porque obtiene la retribución de este eventual servicio con cargo al precio general del contrato. (...).”

Pues bien, atendiendo a dicha doctrina, en el presente caso no cabe negar la onerosidad del contrato por el hecho de que el reclamante prevea 0 euros por los fees, o gastos de gestión, en todos los conceptos, dado que, como señala, la retribución está incluida dentro de la tarifa ofertada, no existiendo ningún producto de los que requiere el servicio a prestar que no tenga una retribución para su empresa.

No obstante, pese a lo expuesto, cabe advertir sobre la concreta previsión contenida en la cláusula 6.2 en la que se señala que la agencia aplicará cargos de gestión (fee) sobre dichos viajes, señalando expresamente que *“No cabrá no ofertar importe en concepto de fee, dado el carácter oneroso del contrato (...).”*, motivo en el que se basa el órgano de contratación para fundamentar la exclusión: *“Por tanto, la mesa acuerda la inadmisión de la misma por contravenir las condiciones reguladoras establecidas en dicha estipulación 6.2.”*

Lo que nos lleva a recordar lo dispuesto en el artículo 53.1 de la LFCP donde se señala que *“Las proposiciones deberán ajustarse a los pliegos que rigen la licitación, y su presentación supone su aceptación incondicionada sin salvedad o reserva alguna”*, así como la doctrina consolidada relativa a la consideración de los pliegos reguladores como ley del contrato, entre otros, en el Acuerdo 71/2019, de 21 de agosto, de este Tribunal, indicamos lo que sigue:

“En todo caso debe partirse de la consideración, tantas veces señalada por este Tribunal de que como es sabido, los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares conforman la Ley del contrato y vinculan a los licitadores que concurren a la licitación aceptando su contenido y también a los órganos de contratación; y vinculan en sus propios términos, (por todas Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2009), de manera que los licitadores han de estar y pasar por los mismos en todo su contenido.

Esta vinculación, en cuanto a los licitadores supone que deben cumplir las condiciones previamente establecidas en el pliegos, en este caso, realizar la oferta con sujeción a las especificaciones técnicas, de forma que en caso de no hacerlo deben ser excluidos de la licitación, toda vez que lo contrario supondría admitir una oferta alternativa, compitiendo con ofertas dispares, que no permitiría comparar ofertas que contienen las mismas prestaciones e iguales costes, conculcándose con ello el principio de igualdad. Respecto de la Administración, supone que no es posible alterar unilateralmente las cláusulas contenidas en el pliego en perjuicio de los licitadores y, por tanto, la valoración realizada por la misma ha de ajustarse a lo previsto en el mismo.

Lo más significativo, en relación con el carácter vinculante de los pliegos, es que la participación en el concurso por los licitadores comporta la asunción de los derechos y deberes definidos en los mismos que, como ley primordial del contrato, constituye la fuente a la que debe acudir para resolver todas las cuestiones que se susciten en relación a la adjudicación, cumplimiento, interpretación y efectos del contrato en cuestión.”

En el mismo sentido cabe citar el Acuerdo 76/2019, de 24 de septiembre, que señala que *“las previsiones relativas a la presentación de proposiciones y el contenido de las mismas deben ser tenidas en cuenta para establecer si la oferta formulada por el interesado se ajusta o no a los requerimientos exigidos, (...)”*. Resta recordar la reiteradísima jurisprudencia del Tribunal Supremo respecto a la consideración de los pliegos *“ley del contrato”*, lo que significa que las determinaciones de aquellos Pliegos, si no son impugnadas en su momento, quedan consentidas y firmes y en consecuencia vinculan a todos, Administración y contratistas, y por esa razón todas las incidencias del contrato, su ejecución, y los derechos del contratista y las facultades de la

Administración se deben ajustar estrictamente a lo previsto en tales Pliegos.(Sentencia 6/2020, de 28 de enero, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra F.J 6º).

Por lo tanto, tras constatarse el incumplimiento del pliego por parte de la oferta formulada por el reclamante queda justificada su exclusión, sin que le exima de ello el hecho de satisfacer el requisito de onerosidad en la contratación.

Tampoco cabe, como pretende, la interpretación extensiva de la precitada cláusula en el sentido de permitir excepciones a la limitación de no ofertar fees, previsto para los casos de reservas de alojamiento o alquiler de vehículos, de lo que deduce el reclamante, que sería razonable aplicar el mismo criterio a otros conceptos, dado que el pliego lo que prima únicamente es que haya retribución y los conceptos que se señalan expresamente lo son a modo de ejemplo y no como una relación cerrada.

En este sentido no podemos obviar la literalidad del párrafo tercero de la cláusula 6.2: *“No cabrá no ofertar importe en concepto de fee, dado el necesario carácter oneroso del contrato, salvo en determinadas actuaciones como reservas en alojamiento o alquiler de vehículos, donde se entenderá, en su caso, que la retribución por dichos servicios de gestión se encuentra incluida dentro de la tarifa ofertada, según el apartado 6.1. (a).”*, y por tanto establece los conceptos concretos en que se permite no ofertar fee, debiendo concluirse, que en los no previstos expresamente, la oferta por tal concepto deviene obligada.

Respecto a la interpretación de los contratos, en el Acuerdo 42/2018, de 15 de junio, de este Tribunal, señalamos lo siguiente: *“(…) interpretación en la que, conforme a doctrina constante (por todas la Resolución nº 281/2015, de 15 de abril de 2016, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC), es posible la aplicación supletoria de las normas del Código Civil dado que “los contratos públicos son ante todo, contratos, por lo que las dudas que ofrezca la interpretación de los diversos documentos contractuales (entre los que figuran, indudablemente, los pliegos) deberán resolverse de acuerdo con las previsiones establecidas en la normativa en materia de contratación pública y, en caso de que esto no fuera posible, de acuerdo con el Código Civil, que se ocupa de esta materia en el capítulo IV del Título II del Libro IV, “De la interpretación de los contratos” (Resolución 70/2016 del TACRC).*

A estos efectos, el artículo 1.281 del Código Civil establece que si los términos del contrato son claros y no dejan lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, habrá que estarse al sentido literal de sus cláusulas (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de marzo 2001, 8 de junio de 1984 o 13 de mayo de 1982), y si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas. Pero también se deberá tener en cuenta que el artículo 1.284 del mismo Código Civil dispone que si alguna cláusula de los contratos admitiere diverso sentido, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto y que las cláusulas deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas (artículo 1.285 de la misma norma).”

Sin embargo, como hemos transcrito, la cláusula 6.2 de las condiciones particulares del contrato es clara y no deja lugar a dudas, por lo que su interpretación debe hacerse conforme al sentido literal de su contenido, y por tanto, habiendo sido incumplida tal previsión por la reclamante en la formulación de su oferta queda justificada su exclusión.

Por ello, habiendo sido desestimados los motivos de impugnación alegados, la reclamación debe ser desestimada.

En consecuencia, previa deliberación, por unanimidad y al amparo de lo establecido en el artículo 127 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra,

ACUERDA:

1º. Desestimar la reclamación especial en materia de contratación pública formulada por AVORIS RETAIL DIVISION, S.L. frente a la exclusión de su oferta presentada en el contrato “*Servicio de agencia de viajes para las Sociedades Públicas del Gobierno de Navarra*”, licitado por Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U. (CPEN).

2º. Notificar este acuerdo a AVORIS RETAIL DIVISION, S.L., a Corporación Pública Empresarial de Navarra, S.L.U. (CPEN), así como al resto de interesados que figuren en el expediente a los efectos oportunos, y ordenar su publicación en la página web del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Navarra.

3º. Significar a los interesados que, frente a este Acuerdo, que es firme en la vía administrativa, puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en el plazo de dos meses contados a partir de su notificación.

Pamplona, 13 de enero de 2021. LA PRESIDENTA, Marta Pernaut Ojer. LA VOCAL, M^a Ángeles Agúndez Caminos. LA VOCAL, Silvia Doménech Alegre.