



Roj: **SAN 2475/2017** - ECLI: **ES:AN:2017:2475**

Id Cendoj: **28079230042017100238**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **24/05/2017**

Nº de Recurso: **678/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **ANA ISABEL MARTIN VALERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **AUDIENCIA NACIONAL**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo**

### **SECCIÓN CUARTA**

**Núm. de Recurso:** 0000678 / 2015

**Tipo de Recurso:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO

**Núm. Registro General:** 06338/2015

**Demandante:** UTE MUNDOSENIOR

**Demandado:** TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRAACTUALES

**Codemandado:** UTE MUNDIPLAN

**Abogado Del Estado**

**Ponente Ilma. Sra.: D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO**

### **SENTENCIA N<sup>o</sup>:**

**Ilma. Sra. Presidente:**

D<sup>a</sup>. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

**Ilmos. Sres. Magistrados:**

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. IGNACIO DE LA CUEVA ALEU

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D<sup>a</sup>. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **678/2015** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido la **UTE MUNDOSENIOR** representada por el Procurador D. Rafael Gamarra Mejías, y asistida del Letrado D. Antonio Morinelli Comesaña, contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 11 de septiembre de 2015, que estima parcialmente el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la UTE MUNDIPLAN contra el acuerdo de 21 de julio de 2015 por el que se adjudica a UTE MUNDOSENIOR los lotes 1,2 y 3 del contrato para los servicios de organización, gestión y ejecución de un programa de turismo social para mayores y mantenimiento de empleo en zonas turísticas; habiendo comparecido como parte demandada la Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en representación del IMSERSO, y la UTE MUNDIPLAN, representada



por la Procuradora D<sup>a</sup> Marta Hernández Torrego y asistida de los Letrados D. Pablo Mayor Menéndez y D<sup>a</sup> Nuria Rodríguez Gregorio.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por la recurrente expresada se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado en fecha 23 de octubre de 2015 declarándose su admisión mediante Decreto de fecha 29 de octubre de 2015, con reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Recibido el expediente se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda en el plazo de veinte días, lo que verificó mediante escrito presentado el 11 de enero de 2016, en la cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: << (...) anule la resolución impugnada y confirmando íntegramente el acuerdo del Director General del IMSERSO, de fecha 20 de julio de 2015, declare el derecho a mi mandante a resultar adjudicatario de los 3 lotes del contrato de "SERVICIOS DE ORGANIZACIÓN, GESTIÓN Y EJECUCIÓN DE UN PROGRAMA DE TURISMO SOCIAL PARA PERSONAS MAYORES Y MANTENIMIENTO DEL EMPLEO EN ZONAS TURÍSTICAS" para las temporadas 2015/2016 y 2016/2017 con posibilidad de prórroga de hasta dos temporadas más promovido por el IMSERSO, por haber sido la oferta económicamente más ventajosa en los 3 lotes, mandando resarcir por los daños y perjuicios ocasionados por el tiempo en que se ha visto privado de la ejecución del lote 2 del referido contrato, que deberá calcularse en la ejecución de la sentencia >>.

**TERCERO.-** En fecha 19 de enero de 2016, la parte actora presentó escrito solicitando la acumulación de los P.O 678/2015 y 713/2015 -este último interpuesto por MUNDIPLAN frente a la misma resolución aquí impugnada; lo que fue denegado, previa audiencia de las demás partes, por Auto de fecha 1 de marzo de 2016.

**CUARTO.-** La UTE MUNDIPLAN contestó a la demanda mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución impugnada.

**QUINTO.-** La Letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación del IMSERSO, contestó a la demanda mediante escrito presentado el 11 de octubre de 2016, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la acumulación del presente procedimiento al P.O 6/2016 y continuando el procedimiento por sus trámites, dicte sentencia desestimando el presente recurso y la confirmando la resolución impugnada.

**SEXTO.-** Por Auto de 3 de junio de 2016, previa audiencia de las demás partes, se denegó la acumulación al P.O 6/2016, solicitada.

**SÉPTIMO.-** Acordado el recibimiento del pleito a prueba, y practicada la propuesta y admitida, se presentó por las partes escrito de conclusiones, tras lo cual se señaló para votación y fallo el día 17 de mayo de 2017, fecha en que tuvo lugar.

**OCTAVO.-** La cuantía del recurso se ha fijado en indeterminada.

Siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> ANA MARTÍN VALERO, quien expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La UTE MUNDOSENIOR interpone el presente recurso contencioso administrativo frente a la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en los sucesivo TACRC) de 11 de septiembre de 2015, que resolvía el recurso especial que la UTE MUNDIPLAN dirigió contra el acuerdo de 21 de julio de 2015 de la Subdirectora General de Análisis Presupuestario y Financiero del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (en adelante IMSERSO), por el que se adjudican a la UTE MUNDOSENIOR los lotes 1, 2 y 3 del contrato para los servicios de organización, gestión y ejecución de un programa de turismo social para mayores y mantenimiento del empleo en zonas turísticas.

El TACRC acordó « *Primero. Estimar parcialmente el recurso (...) de UTE MUNDIPLAN, contra el acuerdo de 21 de julio de 2015 de la Subdirectora General de Análisis Presupuestario y Financiero del Instituto de Mayores y Servicios Sociales por el que se adjudican a UTE MUNDOSENIOR los lotes 1, 2 y 3 del contrato para los servicios de organización, gestión y ejecución de un programa de turismo social para mayores y mantenimiento del empleo en zonas turísticas, anulando el acuerdo de adjudicación y ordenando la retroacción de las actuaciones al momento de valoración de las ofertas para que se efectúe una nueva valoración con arreglo a los criterios enumerados en el fundamento Décimo tercero de esta resolución. [...] »*

**SEGUNDO.-** Esta resolución ha dado lugar a una serie de resoluciones y recursos que conviene exponer:



1.- Contra la resolución del TACRC de 11 de septiembre de 2015, que es objeto del presente recurso, dedujo recurso contencioso-administrativo, por un lado, la UTE MUNDIPLAN, con el nº 713/2015, que ha sido resuelto mediante Sentencia de fecha 5 de abril de 2017, desestimando el mismo. Por otro lado, también formuló recurso contencioso-administrativo la UTE MUNDOSENIOR contra este mismo acto, que fue registrado con el nº 678/15, que es el que estamos enjuiciando.

2.- La Subdirección General del IMSERSO, en ejecución de la resolución del TACRC de 11 de septiembre de 2015, dictó el acuerdo el 7 de octubre de 2015, por el que se adjudicaba a la UTE MUNDIPLAN los lotes 1 y 3, y a la UTE MUNDOSENIOR el lote 2.

3.- No conforme con este último acuerdo de la Subdirección General del IMSERSO, interpuso MUNDIPLAN recurso ante el TACRC que fue desestimado el 3 de noviembre de 2015.

4.- Frente a esta resolución del TACRC, han formulado recurso contencioso administrativo, tanto UTE MUNDOSENIOR (rec. 6/2016), como UTE MUNDIPLAN (rec. 12/2016), de los que conoce esta Sección, y todavía en tramitación.

5.- Por último, UTE MUNDIPLAN también interpuso directamente recurso contencioso administrativo contra la resolución de la Subdirección General del IMSERSO el 7 de octubre de 2015, que por el órgano del que procede el acto está conociendo el Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo nº 10, con el nº 62/15, y que actualmente se encuentra suspendido hasta que se resuelvan por esta Sala, tanto el presente recurso como el nº 713/2015.

**TERCERO.-** La demanda se dirige frente a determinados conceptos que fueron estimados por el TACRC en la resolución impugnada, acogiendo el criterio sustentado por la UTE MUNDIPLAN en el recurso especial, y como consecuencia de lo cual se anula el acuerdo de adjudicación, ordenando la retroacción del procedimiento al momento en que se efectuó la valoración de las ofertas con arreglo a criterios automáticos, a efectos de que se realice una nueva valoración con arreglo a los siguientes criterios:

a) En cuanto a la valoración del criterio 1.1.1 "Categoría de los hoteles ofertados", han de valorarse todos aquellos que cumplan los requisitos estrictamente objetivos que figuran en los pliegos, sin efectuar ningún juicio técnico o de valor basado en experiencias anteriores o visitas de los técnicos del IMSERSO a dichos hoteles.

b) En cuanto a la valoración del criterio 1.1.2. "Distribución de plazas por municipios y núcleos de población", han de tomarse por tales los que figuran en el padrón del INE 2013.

c) En cuanto a la valoración del criterio 1.2.1 "Tiempo medio de duración del transporte", han de valorarse todos los itinerarios incorrectos y si superan el 4%, el licitador no podrá ser valorado.

d) En cuanto a la valoración del criterio 1.2.3 "Número total de itinerarios previstos para cada lote", ha de comprobarse si los itinerarios ofertados por MUNDIPLAN en cada una de las dos temporadas han sido valorados o si, por el contrario, solo se valoraron los de una de las temporadas.

e) En cuanto a la valoración del criterio 1.2.4 "Accesibilidad del transporte por carretera", ha de comprobarse el número de plazas que cada licitador acredita como accesibles para personas con discapacidad en cada autobús y en cada lote y si ello no es posible por no contar las empresas con la documentación para ello, habrán de otorgarse 0 puntos a todos los licitadores en todos los lotes.

f) En cuanto a la valoración del criterio 1.3.1 "Número de puntos de venta", han de valorarse todos los puntos de venta que estén correctamente identificados y amparados por los correspondientes contratos, sin valorar jurídicamente el contenido de los mismos o la capacidad jurídica de sus firmantes.

g) En cuanto a la valoración del criterio 1.3.2 "Distribución geográfica de los puntos de venta", ha de tomarse como criterio para el cálculo de los núcleos poblacionales de menos de 20.000 habitantes el padrón del INE 2013, tal y como el mismo está identificado en la página web de ese organismo.

**CUARTO.-** El TACRC parte de que los anteriores criterios son evaluables mediante fórmulas, y en consecuencia, en su valoración no cabe discrecionalidad alguna por parte de la Administración, ni técnica ni de ninguna otra clase, debiendo limitarse la mesa de contratación a aplicar los criterios automáticos sin ningún margen de apreciación técnica o juicio de valor.

En primer lugar, y en cuanto a la valoración del criterio 1.1.1 "Categoría de los hoteles ofertados", el órgano de contratación tomó en consideración exclusivamente los hoteles aceptados por reunir los requisitos de la cláusula 7.1 del Pliego de Prescripciones Técnicas, utilizado como base para la calificación de los establecimientos los antecedentes obrantes en el Servicio de Vacaciones del Área de Turismo y Termalismo Social, de la Subdirección General de Gestión del Instituto de Mayores y servicios Sociales, obtenidos a partir



de su participación en Programas anteriores. Y en el caso de los establecimientos que figuraban en la oferta y que no habían participado con anterioridad en el Programa, se tomaron en consideración los informes emitidos por el personal técnico de dicho servicio, que había girado visitas a hoteles, así como información recogida a través de Internet.

La resolución impugnada considera que tal forma de actuar no puede ser aceptada, pues el motivo por el que determinados hoteles no han sido valorados es un motivo eminentemente técnico y subjetivo, basado en experiencias anteriores del propio organismo, o en el criterio de sus técnicos; criterio que, por más razonable que pueda ser, no deja de ser un criterio subjetivo cuya valoración no cabe en esta fase del procedimiento. Así, si había hoteles que por motivos técnicos no eran admisibles a juicio del organismo, debieron haberlo publicado previamente en los pliegos, o bien haberse efectuado en una fase previa del procedimiento de licitación, pero resulta de todo punto inadmisibles que, una vez abiertas las ofertas y cuando ya puede conocerse el resultado de la licitación, se dejen sin valorar determinados hoteles sobre la base de un criterio subjetivo como es la experiencia del organismo en programas previos o las consideraciones alcanzadas por los técnicos en una visita a los hoteles, pues tal consideración debió hacerse con anterioridad a la apertura de los sobres.

MUNDOSENIOR discrepa de este criterio y considera que la valoración realizada por el órgano de contratación se ajustaba a los Pliegos de Prescripciones Técnicas, pues las visitas de los técnicos tenían como objetivo comprobar que los hoteles ofertados cumplían el requisito establecido en el punto 7.1 PPT. Alega que no puede confundirse el criterio de valoración (cumplimiento de lo que impone el apartado 7.1 PPT) con la fuente de información utilizada por el IMSERSO para certificar ese cumplimiento.

El apartado 1.1.1.1.1 del Anexo 3 establece que "Las empresas licitadoras deberán presentar documentación pormenorizada de todos los elementos necesarios para juzgar la idoneidad de las instalaciones y servicios de los establecimientos hoteleros ofertados para cada temporada y si se trata de establecimientos de actividad permanente o no permanente". En idénticos términos, se pronuncia el apartado 7.4 del PPT.

Y en cuanto a la valoración de la "categoría de los hoteles ofertados", el apartado 1.1.1.1.1 dispone que "Para la valoración de este criterio se tomarán en consideración las plazas y los periodos de tiempo avalados por la documentación acreditativa de los compromisos alcanzados".

Por tanto, los Pliegos prevén que la valoración de este criterio se realice mediante el examen de la documentación aportada por los licitadores, que es el medio de acreditar que los hoteles ofertados cumplen los requisitos del PPT. Y si había hoteles que, pese a reunir objetivamente los requisitos del PPT no eran aceptados por el IMSERSO en base a la experiencia de años anteriores o a las visitas realizadas por los técnicos del IMSERSO, se debería haber puesto dicha circunstancia en conocimiento de todos los licitadores, como señala el TACRC. La propia Letrada del IMSERSO reconoce en la contestación a la demanda que se utilizaron criterios subjetivos no contemplados en los pliegos para valorar este criterio.

Alega la recurrente que la experiencia de años anteriores o las visitas de los técnicos no eran criterios de valoración sino fuentes de comprobación de los requisitos exigidos en los PPT, pero lo cierto es que en esta fase en que se trata de valorar los criterios de ponderación automática, el único medio de comprobación que se contempla en los Pliegos es la documentación acreditativa del cumplimiento de esos requisitos.

Es cierto que los hoteles han de ser aceptados por el IMSERSO, pero el propio PCAP contempla la posibilidad de sustituir aquellos hoteles que no sean aceptados. Así: a) En el apartado 1.1.1.1.1 PCAP se prevé que "(...) en caso de que por no haberse aceptado algún hotel ofertado, el número total de estancias para cada lote sea inferior a las precisas para el desarrollo del Programa, se completarán las estancias necesarias para el desarrollo del Programa considerando que éstas se producen en hoteles de dos estrellas"; b) en este mismo sentido, el PPT dispone que "todos los alojamientos turísticos ofertados deberán ser autorizados por el IMSERSO, pudiendo excluir a los que no respondan a las exigencias del Programa. De esta exclusión se dará cuenta, una vez realizada la adjudicación, a la empresa o empresas adjudicatarias, quien deberá sustituirlos por otros que igualmente habrán de merecer la autorización escrita del IMSERSO, con anterioridad a su exclusión del programa".

Por tanto, este motivo ha de ser desestimado.

**QUINTO.-** En segundo lugar, y en cuanto a la valoración del criterio 1.1.2. "Distribución de plazas por municipios y núcleos de población", el debate se centró en qué había de considerarse "núcleo poblacional de destino". Así, mientras el recurrente entendía que debía estar a lo dispuesto en la cláusula 5.1 en relación con la comercialización de plazas, que se remitía a la información contenida en el padrón estadístico del INE referenciado para el 2013, el órgano de contratación entendía que ese parámetro solo era aplicable para ese concreto criterio y no podía extenderse a los demás.



La resolución impugnada da la razón al recurrente en este punto y declara que el órgano de contratación debe acudir al único parámetro objetivo establecido en los pliegos, y ello aunque ese parámetro se refiera a un criterio distinto, pues considera que esta es la única interpretación razonable y objetiva: si para computar el criterio 1.3.2 "distribución geográfica de puntos de venta" se ha tomado como criterio para definir los "núcleos poblacionales" los contenidos en el INE para el 2013, tales han de ser los que se tomen para valorar el mismo concepto en el criterio 1.1.2 «Distribución de plazas por municipios y núcleos poblaciones de destino ; pues una misma cosa no puede ser y no ser a la vez en el mismo contrato.

MUNDOSENIOR comparte en relación con este punto el criterio del órgano de contratación, si bien afirma que, aún en el caso de aplicar la interpretación del TACRC, ello no tiene efectos en la puntuación final, pues continúa teniendo mayor puntuación en este apartado que el resto de los licitadores. En consecuencia, el análisis de este motivo carece de relevancia práctica alguna, si bien la Sala considera correcto el criterio sostenido por el TACRC, pues lo coherente es aplicar el mismo criterio para determinar en el mismo Pliego qué ha de considerarse como "núcleo poblacional de destino", si no se precisa otra cosa en cada uno de los apartados.

**SEXTO.** - En tercer lugar, en cuanto a la valoración del criterio 1.2.1 " *Tiempo medio de duración del transporte* ", la queja de MUNDIPLAN se basaba en la valoración de la oferta de MUNDOSENIOR, a quien se le habían valorado prácticamente todos los itinerarios, mientras que a LOGITRAVEL y MUNDIPLAN no les fueron valorados por considerar que había más de un 4% de horarios incorrectos, según lo señalado en el párrafo 1.1.1.1.2.1 del Anexo 3, a tenor del cual: "Se valorará el tiempo medio de transporte, incluidos tiempos de espera, en el lote. Se valorará con cero puntos en este criterio al licitador que en su oferta incluya un número de itinerarios con horarios manifiestamente incorrectos superior al 4% de los itinerarios ofertados."

Afirma el TACRC que esta cláusula tiene dos posibles interpretaciones: a) la primera es considerar que «horario incorrecto" es todo aquel que no cumpla con las exigencias del pliego, estableciéndose un margen de hasta un 4% de itinerarios incorrectos, debiendo entonces computar todas las incorrecciones que se hayan podido cometer en ese 4% (interpretación sostenida por el recurrente); b) La segunda es considerar que ese margen solo es aplicable a los requisitos relacionados con el "horario", es decir, los que tienen que ver con las horas de salida y llegada, no computando en el 4% las incorrecciones cometidas respecto de otros requisitos y solo procediendo a excluir aquellas ofertas cuyos incumplimientos respecto del resto de requisitos fueran relevantes o manifiestos (criterio del órgano de contratación). Y que cabría aún una tercera interpretación que es entender que el margen del 4% solo era aplicable respecto de los horarios, debiendo excluirse de la valoración las ofertas que incumplieran cualquiera de los otros requisitos, de conformidad con lo establecido en el párrafo 1.1.1.1 del anexo 3 del PCAP.

Y estima que ha de considerarse correcta la primera interpretación, pues la segunda interpretación daría lugar a considerar que la cláusula es nula de pleno derecho, en cuanto introduce criterios subjetivos a la hora de valorar las ofertas, ya que habría que deducir en cada caso qué incumplimiento es "relevante o manifiesto"; subjetividad que, por más razonable que pueda ser, no cabe en esta fase de la licitación; y la tercera interpretación daría lugar a una actuación que rallaría lo arbitrario, por discriminatorio, al establecer diferencias entre los distintos errores cometidos, sin que exista o se atisbe causa objetiva para ello.

Partiendo por tanto de la primera interpretación, da la razón al recurrente, al considerar que el pliego sí establecía una hora fija para la comida (15 h) y la cena (21 h), de suerte que si la llegada estaba prevista después de dichas horas, el licitador debía ofrecer un servicio de restauración y si alguno de los licitadores incumplió ese requisito, debe entenderse que ese itinerario habrá de computarse dentro del 4% de "horarios manifiestamente incorrectos".

Deduca esta conclusión de lo dispuesto en la cláusula 6.3 del PPT: " *En aquellos trayectos que se efectúen en las horas habituales de desayuno, comida y cena, estarán incluidos estos servicios en restaurantes de dos tenedores como mínimo. Los menús se compondrán de dos platos y postre e incluirán vino de mesa de calidad media y agua embotellada de marca registrada en el mercado, quedan expresamente prohibida la utilización de picnics. En el caso de cualquier incidencia que obligue a su utilización deberán contar expresamente con la autorización del IMSERSO. Asimismo, si las llegadas al establecimiento hotelero o al punto de destino, en cada provincia de origen, se efectuara con posterioridad a las 15 horas o 21 horas, se deberán garantizar en las mismas condiciones fijadas en el párrafo anterior, los servicios de almuerzo o cena, respectivamente* ".

El establecimiento de las 15 horas o las 21 horas es un requisito exigido en el pliego, requisito además de carácter totalmente objetivo y automático, por lo que si se ha producido algún incumplimiento del mismo por parte de los distintos licitadores, así debió haberse valorado.

MUNDOSENIOR alega en la demanda que lo que se valora en este apartado es que los licitadores oferten los medios de transporte más rápidos, ya sea utilizando medios como el avión o tren de alta velocidad frente al autocar, como reduciendo las posibles escalas a realizar durante los trayectos, siempre dentro de los límites

horarios que establece el propio pliego. Y que al concretar esa interpretación el TACRC pretende incluir como horario manifiestamente incorrecto, que no se den los servicios de restauración en ruta, según la interpretación realizada por la UTE MUNDIPLAN, y ello porque para su obligatoriedad se tiene en cuenta las horas del día en las que se produce el trayecto. Señala que el mayor problema de la interpretación dada en la resolución a este criterio, es que para su aplicación, el TACRC afirma que resulta obligatorio en todo caso dar los servicios en ruta de comida antes de las 15 horas y los de cena antes de las 21 horas. Y estima que esa interpretación deja sin sentido la primera parte del primer párrafo del apartado 6.3 PPT, y además conduce al absurdo, por cuanto, si está previsto llegar al hotel a las 15:05, debe hacerse una parada en ruta para comer, retrasando con ello la llegada, y por tanto siendo absolutamente contraria a la intención del pliego de que los licitadores oferten los viajes con menor duración.

Entiende pues, que una lectura sosegada de la cláusula 6.3 PPT nos conduce a que el pliego establece en estos dos párrafos, dos obligaciones distintas, de ahí el uso del término "asimismo". El Pliego exige que cuando se produzca un trayecto que coincida con los horarios habituales de desayuno, comida y cena, deben garantizarse los mismos y debe ofrecerse "dos platos y postre e incluirán vino de mesa de calidad media y agua embotellada de marca registrada en el mercado." Y el uso del "asimismo" deja claro que además de la obligación antes descrita, se impone también, otra obligación por la que cuando la llegada al hotel o punto de origen sea posterior a las 15 o 21 horas, deberán ofrecerse en las mismas condiciones, es decir: "dos platos y postre e incluirán vino de mesa de calidad media y agua embotellada de marca registrada en el mercado" el servicio de comida o cena según corresponda, pudiendo este tener lugar en el propio establecimiento hotelero en el caso del viaje de ida. Si bien reconoce que en el regreso, no podrá ser así.

No obstante esta discrepancia, pone de manifiesto que aún y con la interpretación realizada por el TACRC, esta UTE no alcanza en ninguno de los lotes el límite máximo del 4%, por lo que en todo caso mantiene los 10 puntos previstos para este criterio, mientras que el resto de licitadores lo superan ampliamente en todos los lotes, de forma que mantienen su puntuación de cero. De hecho, el TACRC en interpretación de su propio criterio ordenó mantener la puntuación de 10 puntos en este apartado en su resolución 1020/2015, respecto del lote 2, como ya había hecho el IMSERSO en los lotes 1 y 3.

Pues bien, en respuesta a este motivo hay que señalar que ciertamente los pliegos no se expresan con claridad en cuanto a la determinación de los momentos en que debe prestarse los servicios de restauración en ruta, pero la Sala estima que la interpretación más razonable, teniendo en cuenta los destinatarios de los viajes, es la declarada por el TACRC, de modo que los servicios de almuerzo y cena deberán prestarse hasta las 15 o 21 horas respectivamente, y si no está previsto que a esas horas los usuarios hayan llegado al destino, deberán prestarse en ruta. Como ponen de manifiesto las demandadas, la propia parte recurrente admite que su interpretación no podría aplicarse en el viaje de regreso. Evidentemente, que se haga una parada en ruta para realizar esos servicios influye en el tiempo de viaje, y en consecuencia, si no se ha contemplado ese tiempo a la hora de determinar el tiempo medio de duración del trayecto, el horario previsto ha de reputarse incorrecto a efectos del cómputo del 4% máximo admitido.

**SÉPTIMO.-** En cuarto lugar, en cuanto a la valoración del criterio 1.2.3 " *Número total de itinerarios previstos para cada lote* ", MUNDIPLAN consideraba que se habían reducido improcedentemente los itinerarios ofertados considerando que los mismos estaban duplicados, cuando en realidad se estaban refiriendo a cada una de las dos temporadas 2015/2016 y 2016/2017 a que aludía el pliego, penalizándose su oferta de forma improcedente, al haberse computado un solo itinerario por cada temporada.

Sobre este particular, como en el informe del órgano de contratación no se decía nada, el TACRC consideró que resultaba necesario que, al efectuar la nueva valoración, se comprobara si esto era efectivamente así, en cuyo caso, habrían de computarse todos los itinerarios, ya que el pliego no exige que los itinerarios sean distintos en cada temporada.

La crítica de la parte recurrente sobre este motivo se refiere a que la estimación se produce por una mera sospecha de que sea verdad lo alegado por el recurrente, si bien reconoce que este criterio tampoco tuvo finalmente impacto en la puntuación final, pues los itinerarios contabilizados a la UTE MUNDIPLAN eran los correctos.

**OCTAVO.-** En quinto lugar, en cuanto a la valoración del criterio 1.2.4 " *Accesibilidad del transporte por carretera* ", el TACRC, partiendo de lo dispuesto en el Anexo 3 del PCAP en su párrafo 1.1.1.1.2.4: " *Valoración: Se valorará el número de plazas de autobús accesibles para personas con discapacidad, con certificación que acredite su accesibilidad. Atribución de puntos: La puntuación máxima será otorgada al licitador que oferte el mayor número de plazas de autobús accesibles para personas con discapacidad, con certificación que acredite su accesibilidad. La puntuación a otorgar al resto de ofertas se calculará proporcionalmente a sus diferencias con el mejor puntuado, de acuerdo con la siguiente fórmula: (...)* "; extrae las siguientes conclusiones: a) Lo que se



valora es el número de plazas accesibles en cada autobús y para cada lote, no el número de plazas totales en autobuses calificados como "accesibles": b) Cuando se habla de "accesibilidad" se habla de "accesibilidad para personas con discapacidad".

En consecuencia, da también la razón al recurrente al considerar que es el pliego el que alude en todo momento a la "accesibilidad para personas con discapacidad", no existiendo margen ni discrecionalidad alguna para que el órgano de contratación pueda realizar una interpretación diferente. Considera, por tanto, que lo que debió computarse fue el número de plazas que en cada autobús y para cada lote fueran accesibles para personas con discapacidad y que contaran con el certificado que lo avalara. Y no realizar una estimación general, usando criterios subjetivos que no estaban predeterminados en el pliego, como había efectuado el órgano de contratación. Pues, si de la documentación aportada por los licitadores no era posible detallar las plazas ofertadas en cada lote y en cada autobús, entonces esas plazas no debieron computarse, pues el pliego exigía que los licitadores aportaran los certificados que acreditaran la accesibilidad de cada plaza y ello para cada lote, sin que quepa suponer que los autobuses van a ser usados por igual en todos los lotes, como había hecho el órgano de contratación.

En relación con este criterio, el IMSERSO había contabilizado el número total de plazas de los autobuses que certificaran la condición de accesibles, descontando las plazas correspondientes al conductor y guía, y en los autobuses de dos plantas, sólo se consideraron accesibles las de la planta baja.

MUNDOSENIOR alega en la demanda que el TACRC considera que han de contabilizarse únicamente las plazas destinadas a pasajeros con problemas de movilidad, y además introduce un criterio nuevo que no figura en el pliego y que no es reivindicado por ningún licitador, como es que se haga la valoración de este criterio por lote. En la práctica resulta imposible determinar qué autocar va a desarrollar exactamente qué trayecto, pero es que además aún determinado eso, resulta imposible saber el transporte de qué grupos se encargará, pues además los planes de transporte serán definitivos tras la adjudicación, según establece el Pliego.

En este punto, la Sala estima que la interpretación que realiza el TACRC en cuanto han de computarse aquellas plazas que en cada autobús fueran accesibles para personas con discapacidad y que contaran con el certificado que lo avalara, se corresponde con el tenor del párrafo 1.1.1.1.2.4, del Anexo 3 del PCAP, y resulta avalada por lo dispuesto en el último párrafo del apartado 1.1.1.1.2 que precisa que "(...) deberá constar la relación pormenorizada de los vehículos accesibles a utilizar para el transporte de los usuarios con la siguiente información; empresa, número de matrícula del vehículo, grado de accesibilidad y número de plazas adaptadas o accesibles".

Es cierto, y en esto coinciden la recurrente y la codemandada MUNDIPLAN, que el Pliego no exige expresamente en este subapartado que el cómputo se realice por lotes, pero ello es coherente con la propia distribución del contrato por lotes. En este sentido, el artículo 86.3º TRLCSP señala que "*Cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de las partes mediante su división en lotes siempre, que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto*".

Por tanto, si cada uno de los lotes ha de ser realizado de manera independiente, lo razonable es que el cómputo de número de plazas accesibles se efectúe por lotes, teniendo en cuenta además que los licitadores pueden concurrir sólo a alguno de los lotes, como se prevé en el criterio 1.1.1.1.2 "oferta de transporte", en el que se inserta este subcriterio de la accesibilidad del transporte por carretera, exigiendo que las empresas licitadoras presenten un Plan de Viajes diferente e independiente para cada de las temporadas y zonas de destino incluidas en el lote o lotes a los que liciten; o puede ocurrir que cada lote sea adjudicado a un licitador diferente, como de hecho ha ocurrido en la nueva adjudicación que se ha efectuado en cumplimiento de los criterios fijados por el TACRC en la resolución que estamos examinando.

**NOVENO.-** En sexto lugar, en cuanto a la valoración del criterio 1.3.1 "Número de puntos de venta", el recurrente alegaba que no le habían sido valorados muchos de los puntos de venta incluidos en su oferta, por considerar el órgano de contratación, o bien que no se había aportado la documentación que acreditara la capacidad jurídica de los firmantes de los contratos que avalaban la disponibilidad de los distintos puntos de venta, o bien por considerar que los contratos aportados no permiten garantizar jurídicamente dicha disponibilidad, cuando la documentación acreditativa de la capacidad jurídica no estaba recogida entre la que debían aportar los licitadores.

El TACRC, tras reproducir el contenido el anexo 3 en su párrafo 1.1.1.1.3.1, que señala que en el Plan de comercialización de incluirse: "*Original de los acuerdos precontratos o contratos por las que las empresas que colaboren en la comercialización se comprometen a destinar los puntos de venta de su propiedad a la comercialización de las plazas del programa. En el supuesto de que no existiera ningún punto de venta en alguna*



de las localidades designadas como obligatorias, la empresa licitadora deberá justificarlo mediante certificación de la Unidad responsable de turismo de la Comunidad Autónoma o de la patronal del sector. En estos acuerdos debe constar el número total de venta que ofertan a la empresa licitadora. Si los puntos de venta ofertados tuvieran distinta denominación comercial a la de la empresa que firme el acuerdo, contrato o precontrato, se deberá especificar de forma desglosada los puntos de venta de cada denominación comercial"; concluye que el pliego no exigía en ningún caso que se aportara junto con el contrato los documentos que acrediten la capacidad jurídica de quien firmaba el contrato, por lo que en ningún caso podía exigirse dicha documentación ni dejar sin computar alguno de los puntos de venta por no aportarse, sin perjuicio de las posibles penalidades a imponer en caso de que finalmente los puntos de venta no se encuentren disponibles por no ser válidos los contratos aportados. Y tampoco podía el órgano de contratación realizar una calificación jurídica sobre las prestaciones de servicios asociadas a tales contratos, pues tal calificación, por más razonable y acertada que pudiera ser, constituye igualmente un juicio de carácter técnico que no cabe realizar en esta fase del procedimiento. No obstante, si de la documentación aportada no era posible identificar correctamente el punto de venta, entonces ese punto no podía ser valorado, por incumplir los requisitos del pliego.

La parte recurrente reconoce en la demanda que el momento en que se efectuó el requerimiento a MUNDIPLAN para que acreditara la capacidad jurídica de los firmantes de los acuerdos, y también coincide con el TACRC en que el órgano de contratación no puede realizar una calificación jurídica sobre las prestaciones de servicios asociadas a tales contratos. Pero discrepa cuando ordena que se valoren " todos aquellos puntos de venta que estén correctamente identificados y amparados por los correspondientes contratos, sin valorar jurídicamente el contenido de los mismos o a capacidad jurídica de sus firmantes ". Afirmo que el órgano adjudicador debe y puede realizar las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos en el Pliego, entre ellos que los puntos de venta ofertados sean propiedad de la empresa que firma el contrato. Además, en este caso, esa comprobación ni siquiera era necesaria, pues la propia UTE MUNDIPLAN ya diferenció en su oferta entre los contratos con las agencias de viajes propietarias de los puntos de venta y los grupos de gestión. Y en los propios contratos, las empresas dejan claro que no son propietarias de los puntos de venta. También en su escrito de recurso reconoce esa diferencia y alega por la normalidad y habitualidad de esa figura en el ámbito turístico. En conclusión, no pueden contabilizarse los puntos de venta ofertados por MUNDIPLAN que no estén respaldados por los oportunos contratos o acuerdos con las empresas propietarias de los mismos, debiendo confirmarse la valoración realizada por el IMSERSO. A ello añade que los pliegos exigían que se aportaran los originales y MUNDIPLAN aportó muchas fotocopias.

Tiene razón la Letrada de la Seguridad Social cuando pone de manifiesto, en su contestación a la demanda, que en este punto el recurrente lo que plantea no es tanto si el órgano de contratación podía valorar en este momento el contenido de los contratos, sino si era posible que los mismos fueran suscritos por los denominados "grupos de gestión", esto es, aquellas "entidades que representan y actúan en nombre de las Agencias de Viajes".

Ahora bien, ello se revela irrelevante en este momento, por cuanto al Pliego sólo exigía que se aportaran los originales de los acuerdos, precontratos o contratos por los que las empresas que colaboren en la comercialización se *comprometan a destinar puntos de venta de su propiedad a la comercialización de plazas del programa*. Es decir, sólo se exigía un compromiso de destinar puntos de venta de su propiedad, y por tanto, en un momento posterior cuando tuviera que materializarse ese compromiso cuando habría que verificar la capacidad jurídica de los firmante y el contenido de los contratos.

Por otra parte, y en cuanto al requisito de que los referidos acuerdos, contratos o precontratos sean originales es algo que no se cuestiona y que no fue debatido en vía administrativa, ni la resolución del TACRC contiene pronunciamiento alguno al respecto, debiéndose observar en todo caso lo previsto al respecto en los Pliegos.

**DÉCIMO.-** En cuanto a la valoración del criterio 1.3.2 " Distribución geográfica de los puntos de venta ", el TACRC considera que ha de tomarse como criterio para el cálculo de los núcleos poblacionales de menos de 20.000 habitantes el padrón del INE 2013, tal y como el mismo está identificado en la página web de ese organismo.

El IMSERSO explicó en su informe que la expresión "del año 2013" podía causar cierta confusión pues el INE publica sus datos anualmente, de forma que existen datos publicados en 2013, que corresponden a la población a 31 de diciembre de 2012 (los que manda usar el TACRC) y existen datos referidos a 2013, que son publicados en el año 2014 (los que utiliza esta UTE), por lo que se tomaron en consideración los dos años a efectos de computar el cumplimiento.

La parte actora considera que la interpretación más razonable puede ser que los datos correctos sean los más útiles, los más cercanos a la realidad, los más actualizados, los datos de población más recientes, es decir, los relativos al año 2013 y publicados en 2014, que fueron los utilizados por esa parte. No obstante acepta la valoración que realizó en este punto siguiendo el criterio del TACRC, por lo no es preciso analizar este motivo.





**DÉCIMO PRIMERO.-** Co mo última cuestión plantea la recurrente la falta de motivación de la resolución impugnada por cuanto no se pronunció sobre la alegación formulada por dicha parte en el escrito de alegaciones al recurso especial interpuesto por la UTE MUNDIPLAN, sobre la falta de legitimación activa de ésta al no poder resultar adjudicataria del contrato en cuestión. Y ello porque no existía relación entre el objeto social de 2 de sus miembros y la prestación objeto del contrato, la falta de habilitación empresarial y la prohibición de contratar por no estar dada de alta en el epígrafe del IAE correspondiente al objeto del contrato (755 "agencias de viajes"). Ello referido a las empresas IBERIA LAE y NEX.

Tiene razón cuando afirma que la resolución impugnada no se pronuncia sobre esta cuestión. La resolución del TACRC de fecha 3 de noviembre de 2015, dictada en el recurso especial frente al acuerdo de adjudicación del lote 2 - dictado en ejecución de la que es objeto del presente recurso-, justifica esta omisión argumentado que la circunstancia de la admisibilidad de la oferta presentada por MUNDIPLAN " *no pudo ser apreciada con ocasión de la formulación del recurso en el expediente 883/2015, que dio lugar a la Resolución nº 796/2015, pues en ese momento MUNDIPLAN no había resultado adjudicataria de ningún lote y por tanto la cuestión sobre la admisión o exclusión de su oferta resultaba extemporánea* ". Ahora bien, aunque esto fuera así, debería haber expresado en la resolución que estamos examinando esas razones por las que no procedía analizar esta alegación.

No obstante, y no procede anular la resolución por esta causa a efectos de que el TACRC se pronuncie sobre la referida alegación, teniendo en cuenta que en esa resolución de 3 de noviembre de 2015 si da respuesta a esta cuestión -centrándose en la adjudicación del lote 2 adjudicado a MUNDIPLAN, que es el objeto de impugnación- y que tiene por objeto el "Turismo en zonas de la costa insular". Por tanto, lo que procede es examinar en este recurso si concurre en la UTE MUNDIPLAN esa falta de legitimación que se invocó, para lo cual no podemos obviar los argumentos que ha expuesto el TACRC en esa resolución de 3 de noviembre de 2015 para llegar a la conclusión de que sí podía ser adjudicataria del contrato, y que son en síntesis las siguientes:

1.- El objeto del contrato incluye no solo la organización del viaje, sino también su ejecución, lo que manifiestamente exige llevar a los turistas de un punto a otro a través de un medio de transporte, lo que se relaciona directamente con el objeto social de IBERIA y de NEX. La coincidencia del objeto social no tiene porqué incluir todas y cada una de las prestaciones del mismo, de suerte que todos y cada uno de los miembros que componen la UTE deban realizar todas y cada una de ellas. La finalidad perseguida por el artículo 57 TRLCSP es precisamente garantizar la futura viabilidad del contrato y difícilmente puede considerarse en este caso comprometida esa viabilidad en un supuesto donde lo que se pretende es organizar paquetes turísticos a las Islas Canarias y Baleares y quienes concurren a la licitación mediante una solución colaborativa como es la UTE son dos empresas de agencias de viajes, una compañía aérea y una compañía hotelera.

2.- De acuerdo con el PCAP (apartado 7.1 párrafo cuarto y apartado 13 del Anexo I, no se exige habilitación empresarial para realizar la prestación objeto del contrato.

3.- El objeto del contrato es mucho más extenso que el de "agencia de viajes", siendo que en el mismo se incluyen una variedad de prestaciones que son subsumibles en otros epígrafes del IAE. El artículo 13.1 RD 1098/2001 apartado a), sólo exige que se esté dado de alta en el epígrafe correspondiente al objeto del contrato y que se corresponda con las prestaciones que se vengán realizado hasta la fecha por el adjudicatario: es decir, tratándose de un objeto complejo, como es este caso, formado por prestaciones y servicios de muy diversa índole, cada miembro de la UTE ha de acreditar únicamente estar dado de alta en el epígrafe correspondiente a las prestaciones que hasta el momento de la presentación de las ofertas estaba realizando.

La Sala comparte estos argumentos. El artículo 57.1º TRLCSP contempla una norma especial sobre capacidad de las personas jurídicas, disponiendo que " *Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios* ".

Y de acuerdo con este precepto, el apartado 7.1 del PCAP establece que " *Los licitadores deben acreditar su personalidad jurídica y su capacidad de obrar. Cuando sean personas jurídicas deben justificar que el objeto del contrato de la entidad comprende el desarrollo de todas las actividades que constituyen el objeto del contrato al que concurren*". Y el apartado 7.2 precisa que " *Las empresas que deseen participar formando parte de una unión temporal deberán acreditar individualmente su capacidad y solvencia, acumulándose a efectos de la determinación de la solvencia de la unión temporal las características acreditadas para cada uno de los integrantes de la misma* "

El objeto del contrato se define en PCAP como de "Organización, gestión y ejecución de un programa de Turismo Social para Personas Mayores y mantenimiento del empleo en Zonas Turísticas", y se añade referencia del CPA 791212 "Servicios de operadores turísticos para organización de viajes", CPV 63500000-4 "Servicios de agencia de viajes, operadores turísticos y asistencia al turista", categoría 20 del Anexo II TRLCSP "Transporte complementario y auxiliares". Hay que tener en cuenta, además, que el CPV 63500000-4 incluye



dos subapartados: por un lado el subapartado 63510000-7 "servicio de asistencia de viaje y otros similares", que se subdivide a la vez en varios apartados, incluido el 63515000-2 "servicios de viaje" y el 63520000-0 denominado "servicios de agencia de transporte". Esto es, el objeto del contrato comprende una serie de prestaciones diversas entre las que se incluye el transporte para el traslado los usuarios, objeto social de las referidas empresas integrantes de la UTE: IBERIA y NEX

Por lo que se refiere a la habilitación empresarial es claro que el PCAP no la exigía, como se deduce de apartado 13 del Anexo I, en el que para la habilitación empresarial exigible para realizar la prestación se dispone: "Ninguna en especial"

Y finalmente, en cuanto al alta en el IAE, dado que el contrato exige una serie de prestaciones diferentes, no es preciso que todas la empresas que conforman la UTE estén dadas de alta en el epígrafe correspondiente a "agencias de viajes", sino que es suficiente que cada una de las empresas esté dada de alta en el epígrafe correspondiente a la prestación que realizan de las que se incluyen en el objeto del contrato y que se corresponda con las prestaciones que venían realizando hasta la fecha ( artículo 13.1.a) RD 1098/2001 ).

**DÉCIMO SEGUNDO.-** Pr ocede, pues, desestimar el recurso, no obstante lo cual no se imponen las costas a la parte recurrente, teniendo en cuenta que la resolución impugnada no da respuesta expresa a la falta de legitimación de la UTE MUNDIPLAN para interponer el recurso especial, invocada en su escrito de alegaciones presentado en vía administrativa.

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación,

## FALLAMOS

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo nº **678/2015** , interpuesto por la representación procesal de la **UTE MUNDOSENIOR** , contra la resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de fecha 11 de septiembre de 2015.

Sin imposición de costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el día siguiente al de su **no** tificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso-, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado Ponente, hallándose constituida en Audiencia Pública, de lo que yo, la Secretario, doy fe.