

Recursos nº 51/2019 e 54/2019 (acumulados)**Resolución nº 58/2019****RESOLUCIÓN DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DA COMUNIDADE AUTÓNOMA DE GALICIA**

En Santiago de Compostela, a 15 de marzo de 2019.

VISTOS os recursos especiais en materia de contratación interpostos por D. V.D.C. en nome e representación de INFORHOUSE S.L., recurso 51/2019, e D. V.V.L. actuando en nome e representación de VSM SISTEMAS CORUÑA S.A., recurso 54/2019, ambos contra o acordo de adxudicación ditado no procedemento de licitación para a contratación do arrendamento dun sistema integral de xestión de impresión de pago por copia do Concello da Coruña, expediente S-6/2017, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade Autónoma de Galicia (TACGal, en adiante) en sesión celebrada no día da data, adoptou, por unanimidade, a seguinte Resolución:

ANTECEDENTES DE FEITO

Primeiro.- Polo Concello da Coruña convocouse a licitación do contrato do arrendamento dun sistema integral de xestión de impresión de pago por copia, cun valor estimado declarado de 869.421,48 euros.

Tal licitación foi obxecto de publicación no DOUE do 08.08.2017, no BOP do 14.08.2017 e no DOGA do 30.08.2017, con anuncios rectificativos nos mesmo diarios.

Segundo.- Segundo o expediente da licitación, a mesma estivo sometida ao texto refundido da Lei de Contratos do Sector Público, aprobado polo Real Decreto Lexislativo 3/2011, de 14 de novembro (TRLCSP, en adiante).

Terceiro.- Os recurrentes impugnan o acordo de data 22.01.2019 polo que se adxudica o contrato á empresa RICOH ESPAÑA S.L.U., publicado o 05.02.2019.

Cuarto.- O día 25.02.2019 INFORHOUSE S.L. e o día 26.02.2019 VSM SISTEMAS CORUÑA S.A interpuxeron recurso especial en materia de contratación, ambos a través do formulario telemático existente a tal fin na sede electrónica da Xunta de Galicia, con enlaces na web deste Tribunal, que recibiron os números 51 e 54/2019, respectivamente.

Quinto.- O 25.02.2019, no recurso 51/2019, e o 27.02.2019, no recurso 54/2019, reclamouse ao Concello da Coruña o expediente e o informe ao que se refire o artigo 56.2 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público (en adiante, LCSP). A documentación foi recibida neste Tribunal o día 01.03.2019.

Sexto.- En sesión de data 28.02.2019 este Tribunal acordou manter a suspensión do procedemento de licitación, en relación ao recurso 51/2019.

Sétimo.- Ao abeiro do artigo 57 da Lei 39/2015, de 1 de outubro, do procedemento administrativo común das Administracións Públicas, o 04.03.2019 este TACGal decide acumular nun único procedemento os recursos 51 e 54/2019 así como estender o mantemento da medida cautelar adoptada no recurso 51/2019 ao recurso 54/2019.

Oitavo.- Trasládáronse os recursos aos interesados o 04.03.2019, recibíndose as alegacións da empresa RICOH ESPAÑA S.L.U.; a recurrente VSM SISTEMAS CORUÑA S.A presentou, á súa vez, alegacións ao recurso 51/2019.

FUNDAMENTOS DE DEREITO

Primeiro.- Ao abeiro do artigo 35 bis. 5 da Lei 14/2013, de 26 de decembro, de racionalización do sector público autonómico, corresponde a este Tribunal a competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtude do disposto na Disposición Transitoria Primeira.4 LCSP o presente recurso tramitouse conforme aos artigos 44 a 60 da Lei 9/2017, de 8 de novembro, de contratos do sector público, e, no que fose de aplicación, polo Real

Decreto 814/2015, de 11 de setembro, polo que se aproba o Regulamento dos procedementos especiais de revisión de decisións en materia contractual e de organización do Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais.

Terceiro.- INFORHOUSE S.L. quedou clasificada en segundo lugar na licitación, polo que dirixindo a súa impugnación cara a exclusión da adxudicataria procede outorgarlle lexitimación ao respecto.

VSM SISTEMAS CORUÑA S.A foi a terceira clasificada no procedemento e pretende de xeito principal a exclusión da adxudicataria, sen dirixir crítica contra a clasificada na segunda posición, polo que *prima facie* cabería advertir que ningún beneficio obtería coa estimación do seu recurso posto que non melloraría a súa posición xurídica, en canto que non lle permitiría en ningún caso acceder á adxudicación da licitación. Agora ben, o certo é que no seu recurso tamén formula crítica contra as puntuacións obtidas nos criterios suxeitos a xuízo de valor, o que unido ás especiais características desta licitación e das alegacións formuladas por ambas recorrentes, que de estimarse suporían unha reconfiguración tamén das puntuacións correspondentes aos criterios automáticos, procede outorgarlle a debida lexitimación ao recorrente, posto que da estimación do seu recurso si cabería deducir un beneficio na súa posición xurídica.

Cuarto.- Sendo publicado o acordo de adxudicación e notificado, mediante posta a disposición electrónica, o día 05.02.2019, ambos recursos foron interpostos en prazo.

Quinto.- Impúgnase o acordo de adxudicación dun contrato de subministración por importe superior a 100.000 euros, polo que o recurso é admisible neses aspectos.

Sexto.- INFORHOUSE S.L. impugna o acordo de adxudicación indicando que a oferta da adxudicataria era desproporcionada polo que *“debería haberse iniciado el procedimiento contradictorio previsto en la norma, finalizando con una resolución motivada”*, e critica por *“engañoso”* a oferta gañadora, ao non ser na realidade a máis económica para o órgano de contratación.

VSM SISTEMAS CORUÑA S.A critica tamén a oferta da adxudicataria ao entender que vulnera os principios da contratación pública e a normativa fiscal, polo que debía ter sido excluída da licitación.

Ademais, critica o sistema de puntuación dun dos criterios suxeitos a xuízo de valor.

Sétimo.- No expediente remitido polo órgano de contratación unicamente consta un informe, que se ben non se refire explicitamente aos recursos presentados, analiza economicamente o resultado da licitación.

É preciso salientar que se ben a carga da proba neste procedemento de recurso corresponde ao recorrente, o informe preceptivo do órgano de contratación debe expresar as razóns e motivacións da súa postura sobre as cuestións que son obxecto de debate (no mesmo sentido, Resolución 34/2015 do Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón).

Así, o feito de que o recollido nos argumentos do informe que se presenta ante este Tribunal non se adecúe ás motivacións alegadas no recurso dificulta a defensa da postura do órgano de contratación neste procedemento.

Oitavo.- A empresa adxudicataria, RICOH ESPAÑA S.L.U., alega, en primeiro lugar, a inadmisibilidade do recurso presentado por VSM CORUÑA S.A. Ademais defende a onerosidade da súa proposta e a súa viabilidade, así como o correcto proceder do órgano de contratación.

Noveno.- En primeiro lugar, debemos sinalar que VSM CORUÑA S.A. solicita de este Tribunal que lle conceda acceso ao expediente. Agora ben, no seu recurso non se manifesta que ese acceso fose solicitado previamente ante o órgano de contratación, nin consta na documentación do expediente administrativo remitido a este TACGal, polo que sendo esa petición previa presuposto necesario para que este Tribunal poida analizar ese aspecto, non procede a estimación da súa solicitude de conformidade co previsto no artigo 52 da LCSP

A primeira alegación do recorrente INFORHOUSE S.L. fundaméntase en que a oferta da empresa adxudicataria se atopaba en situación de baixa desproporcionada, polo que se debeu tramitar debidamente o procedemento previsto no artigo 152 do TRLCSP.

Xa adiantamos a dificultade de valorar esta alegación do recorrente posto que en diversos momentos semella criticar que non se efectuase esa tramitación (*“sí se hubiera seguido el trámite establecido”*, sinala), aínda que noutro apartado parece

indicar soamente que non existiu decisión adoptada ao respecto, ademais de referirse en todo momento á actual Lei 9/2017, cando o procedemento de licitación se rexe polo TRLCSP.

A este respecto, o seu artigo 152 establece:

“3. Cuando se identifique una proposición que pueda ser considerada desproporcionada o anormal, deberá darse audiencia al licitador que la haya presentado para que justifique la valoración de la oferta y precise las condiciones de la misma, en particular en lo que se refiere al ahorro que permita el procedimiento de ejecución del contrato, las soluciones técnicas adoptadas y las condiciones excepcionalmente favorables de que disponga para ejecutar la prestación, la originalidad de las prestaciones propuestas, el respeto de las disposiciones relativas a la protección del empleo y las condiciones de trabajo vigentes en el lugar en que se vaya a realizar la prestación, o la posible obtención de una ayuda de Estado.

En el procedimiento deberá solicitarse el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

Si la oferta es anormalmente baja debido a que el licitador ha obtenido una ayuda de Estado, sólo podrá rechazarse la proposición por esta única causa si aquél no puede acreditar que tal ayuda se ha concedido sin contravenir las disposiciones comunitarias en materia de ayudas públicas. El órgano de contratación que rechaza una oferta por esta razón deberá informar de ello a la Comisión Europea, cuando el procedimiento de adjudicación se refiera a un contrato sujeto a regulación armonizada.

4. Si el órgano de contratación, considerando la justificación efectuada por el licitador y los informes mencionados en el apartado anterior, estimase que la oferta no puede ser cumplida como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados, la excluirá de la clasificación y acordará la adjudicación a favor de la proposición económicamente más ventajosa, de acuerdo con el orden en que hayan sido clasificadas conforme a lo señalado en el apartado 1 del artículo anterior”

En todo caso, o primeiro que resulta da vista do expediente é que non só a oferta da adxudicataria, senón tamén a da recorrente e a da outra licitadora atopábanse en situación de baixa desproporcionada, polo que se efectuou a tramitación prevista polo artigo 152 do TRLCSP, presentando todas xustificación oportuna das súas ofertas. Consta igualmente informe motivado do xefe do servizo de informática de data 30.08.2018 no que se aceptan as xustificacións presentadas, informe analizado e aprobado pola mesa de contratación segundo acta do día 30.11.2018. Á vista da

clasificación final das ofertas, continuouse o procedemento ata a proposta final de adxudicación pola mesa e acordo ao respecto do órgano de contratación.

En consecuencia, existindo motivación no informe técnico ao respecto da xustificación presentada por cada unha das empresas, motivación asumida pola propia mesa de contratación e que non é criticada neste recurso, non cabe apreciar vicio invalidante sobre ese aspecto; e non existindo decisión de exclusión de ningunha oferta nese trámite de xustificación das baixas tampouco procedía que polo órgano de contratación se efectuase nese momento ningunha notificación, como semella pretendese no recurso presentado, posto que continuando vivas as ofertas dos licitadores a decisión do órgano de contratación prodúcese efectivamente no momento da adxudicación do procedemento, no que acepta expresamente a proposta formulada pola mesa de contratación.

VSM CORUÑA S.A. critica que se admitise a xustificación da baixa presentada pola adxudicataria, se ben no seu recurso non se fai ningunha mención ao concreto documento xustificativo da oferta, nin os argumentos do Concello para entendela como viable, o que determina que se deba desestimar xa ese motivo de impugnación. Sinalar, así, que corresponde ao recorrente prover de argumentos a este Tribunal para a defensa da súa postura, non podendo ampararse en manifestacións xenéricas de posibles incumprimentos (por todas, Resolución TACGal 26/2018).

Tampouco resulta admisible a repetida mención de que os pregos non fixaron un limiar de temeridade, pois o mesmo consta expresamente indicado na cláusula 20 do PCAP con referencia ao artigo 85 do RD 1098/2001 polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de contratos da Administracións Públicas.

Décimo.- Como segundo motivo de impugnación, INFORHOUSE S.L. cualifica a oferta da adxudicataria como “*engañosa*”, por entender que na realidade non é a oferta máis económica para o órgano de contratación. A este respecto, sinalar que a oferta da adxudicataria recolle uns prezos por impresión en branco e negro e cor, e un prezo de 0 euros para o exceso nesas mesmas impresións.

O PCAP na súa cláusula 19ª sinala como criterio de adxudicación:

A) Mejor oferta económica: Hasta un máximo de 60 puntos.

Se otorgarán 60 puntos a la proposición más económica, distribuidos de la siguiente forma:

-Precio por impresión: Hasta un máximo de 50 puntos:

Precio por impresión en blanco y negro: Hasta 15 puntos

Precio por impresión en exceso en blanco y negro: Hasta 10 puntos

Precio por impresión en color: Hasta 15 puntos

Precio por impresión en exceso en color: Hasta 10 puntos

Se otorgarán 15 puntos a la proposición más económica para el precio por impresión en blanco y negro, 10 puntos a la proposición más económica para el precio por impresión en exceso en blanco y negro, 15 puntos a la proposición más económica para el precio por impresión en color y 10 puntos a la proposición más económica para el precio por impresión en exceso en color, valorando las restantes proposiciones según la siguiente fórmula:

Siendo a la oferta más baja y b la puntuación máxima prevista, c será la oferta de cada uno del resto de los licitadores, y x la puntuación resultante de aplicar la fórmula

$$\begin{array}{ccc} \text{Magnitud A} & \text{Magnitud B} & \\ a & \longrightarrow b & \\ c & \longrightarrow x & \end{array} \left. \vphantom{\begin{array}{ccc} a & \longrightarrow b \\ c & \longrightarrow x \end{array}} \right\} \frac{a}{c} = \frac{x}{b} \quad x = \frac{a \cdot b}{c}$$

Así, o recorrente tras sinalar cun exemplo práctico que coas mesmas copias a súa oferta é máis barata que a gañadora, sinala que “*esta disfunción se produce porque pese a ser la misma prestación al estar separada la puntuación en el pliego de forma tan poco acertada y con tan poca diferencia de puntos (15 puntos para el precio por impresión y 10 puntos para el exceso), lleva a que una oferta más gravosa para la Administración e cambio se considera con mayor puntuación*”

Pois ben, á vista deste argumento debemos sinalar que non procede unha impugnación indirecta dos pregos por quen foi partícipe da licitación. Unha vez firmes e consentidos, os pregos son *lex contractus* e vinculan aos licitadores e ao órgano de contratación ao longo do procedemento de adxudicación. É preciso indicar que os criterios de adxudicación e as formas de valoración estaban previstas de forma clara nos pregos, polo que non cabe admitir neste momento unha crítica aos mesmos por

quen, coñecido e aceptado o seu contido, participa na licitación e non resulta adxudicatario.

Neste sentido, e tratándose de criterios de aplicación automática, o único que procede é a aplicación directa da fórmula prevista, sen que se poida introducir criterios técnicos que desvirtúen o previsto nos pregos da licitación, pois se estaría vulnerando os principios de transparencia e de igualdade entre os licitadores.

Igualmente, debemos ter en conta que o informe do órgano de contratación sinala que *“la oferta ganadora en puntuación es la más barata para un número de copias elevado mientras que para un número de copias similar al mínimo no lo es”*. Da lectura da cláusula 19ª do PCAP anteriormente transcrita semella que a intención do órgano de contratación ao configurar as regras da licitación foi precisamente a de prever un prezo baixo para un número de copias elevado, polo que non cabe crítica neste momento a un resultado que se axusta ao previsto na licitación.

Ademais, debemos precisar que tampouco se alega polo recorrente, senón máis ben ao contrario, que o órgano de contratación se afastase do contido do PCAP á hora de avaliar as distintas ofertas.

Todo o cal determina que se deba desestimar este motivo do recurso.

Décimo primeiro.- Por último, INFORHOUSE S.L. critica a oferta da adxudicataria por ofrecer como prezo 0 euros nas impresións en exceso do número mínimo previsto, indicando que vulnera os principios de concorrência e igualdade e que non se axusta aos prezos do mercado. Ademais, critica que a aplicación da fórmula con 0 euros determina que as outras ofertas non fosen puntuadas.

Neste mesmo sentido, VSM CORUÑA S.A. tamén critica a dita oferta pois entende que a oferta de 0 euros é unha oferta gratuíta que non debía ser aceptable ao non ser un prezo certo.

Tal e como recoñece o escrito do recurso de INFORHOUSE S.L., a posibilidade de ofertar prestacións por 0 euros é amplamente aceptada polos Tribunais Administrativos de recursos contractuais por entender que non se vulnera a necesaria onerosidade nun contrato público. O recorrente, sen embargo, critica que neste caso ese prezo de 0 euros se refire á prestación contractual principal, polo que entende que si se estaría a vulnerar o principio de igualdade entre os licitadores.

Esta tese do recorrente non pode ser acollida por este Tribunal. Segundo o PCAP o obxecto contractual é o *“arrendamiento de un sistema integral de gestión de impresión con pago por copia para el Ayuntamiento de A Coruña”*, e comprende *“la instalación, configuración, mantenimiento, soporte y administración de los equipos de impresión propuestos, las herramientas de software y demás elementos necesarios para la correcta prestación del mismo”*.

A empresa adxudicataria configurou a súa oferta, respecto aos criterios de valoración referentes ao número de copias por impresión, de conformidade co establecido nos pregos da licitación que prevían prezos distintos, por un lado, para o número de copias fixado como mínimo e, por outro, para as copias en exceso dese mínimo. E tal e como sinala o órgano de contratación no seu informe, a oferta gañadora é máis barata a medida que aumenta o número de copias, pero para as copias mínimas era a oferta máis cara das presentadas, polo que en ningún caso se pode apreciar que non exista onerosidade ou que se vulnerase o principio de igualdade. De feito, no propio argumento anterior o recorrente INFORHOUSE S.L. defende que a súa oferta é máis económica, o que contradí o indicado neste motivo do recurso.

Polo mesmo motivo debemos rexeitar as alegacións do outro recorrente. Como dixemos, a adxudicataria configurou a súa oferta dentro dos parámetros fixados polo PCAP, aceptado e non impugnado polos licitadores. En consecuencia, o feito de que configurase a súa proposta ofertando un prezo de 0 euros para unha parte das copias ofertadas non significa que efectúe gratuitamente o obxecto contractual, pois o Concello abonará unha contraprestación económica cuantificada na oferta e, ademais, é indubidable que a adxudicataria prevé obter un beneficio neste contrato, que os propios recorrentes recoñecen pode chegar a ser superior ao derivado das súas propias ofertas.

Como sinala o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais na súa Resolución 1187/2018:

“Por ello para que el contrato no sea oneroso no basta, como afirma la recurrente, que el adjudicatario no oferte precio, es decir preste gratuitamente, alguna de las unidades a las que se refieren los precios unitarios, si en el global del contrato, es decir sumando todos y cada uno de los precios unitarios ofertados por lo que, conjuntamente, constituye la prestación objeto del contrato, el ente contratante ha de pagar un precio y con el que el contratista obtiene su beneficio. En fin, el como el licitador distribuya entre las distintas unidades los precios –compensando unos con

otros– responde a su estrategia legítima de oferta, de modo que el hecho de que –no impidiéndolo el PCAP– oferte algún precio unitario en cero euros, no convierte en su conjunto al contrato en gratuito.”

Na mesma liña, con cita de diversa doutrina ao respecto, a Resolución 31/2018 do Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias.

Igualmente cabe desestimar o argumento que solicita a exclusión en base a un incumprimento da normativa fiscal, ao sinalar o recorrente esa prestación por 0 euros estaría suxeita ao IVE, o que incrementaría o prezo do contrato. Pois ben, aínda que do texto do recurso non se aprecia o concreto motivo de incumprimento da normativa fiscal, o certo é que en todo caso nos atoparíamos ante unha posible circunstancia acaecida na fase de execución contractual, e polo tanto allea a este momento da licitación, no que non se nos mostra polo recorrente causa que determine a exclusión da oferta da adxudicataria.

Por outro lado, os recorrentes critican a aplicación da fórmula do PCAP á vista da oferta de 0 euros da adxudicataria. Sinala nese sentido INFORHOUSE S.L. que *“sería correcto aplicar la puntuación máxima al adjudicatario”*, pero que ao aplica o valor 0 *“el resultado de la proporción es indeterminado, con lo que convierte nuestra oferta en no puntuable”*.

A este respecto, debemos indicar en primeiro lugar que o órgano de contratación aplicou directamente a fórmula prevista nos pregos da licitación, e nese sentido o propio recorrente reconece que a adxudicataria merece a máxima puntuación neses criterios. E se ben nestes supostos diversos Tribunais Administrativos de recursos contractuais admitiron en varias resolucións a aplicación dun valor mínimo para poder proceder, mediante a aplicación da fórmula, á puntuación do resto dos licitadores, non procede maior análise desa posibilidade xa que neste suposto non se variaría o resultado da licitación. Así, ese valor mínimo a introducir sería 0,000001 para as copias en branco e negro e 0,00001 para as copias en cor, por ser estes os decimais nos que está configurada a oferta dun dos licitadores para cada criterio, sen que apenas variasen como resultado as puntuacións outorgadas.

Polo que tamén debemos desestimar estes argumentos do recurso.

Décimo segundo.- Como último motivo de impugnación, VSM CORUÑA S.A. alega no seu recurso que se limitou incorrectamente a puntuación a outorgar no criterio técnico correspondente ás características técnicas dos equipos ofertados.

A este respecto, debemos sinalar que este Tribunal só pode ter en conta o indicado ao respecto no seu escrito do recurso, sen que as alegacións formuladas ao amparo do recurso 51/2018 se poidan utilizar para fundamentar un recurso diferente, nin un complemento do xa presentado.

En todo caso, non procede entrar a valorar o alegado polo recorrente, posto que incluso de aceptarse a súa argumentación non se modificaría o resultado da licitación, manténdose igualmente o actual adxudicatario.

Por todo o anterior, vistos os preceptos legais de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada no día da data, **RESOLVE:**

1. **Desestimar** os recursos 51/2019 interposto por INFORHOUSE S.L e 54/2019 de VSM SISTEMAS CORUÑA S.A., ambos contra o acordo de adxudicación ditado no procedemento de licitación para a contratación do arrendamento dun sistema integral de xestión de impresión de pago por copia do Concello da Coruña, expediente S-6/2017.

2. Levantar a suspensión acordada no seu día.

3. Declarar que non se aprecia temeridade ou mala fe na interposición do recursos, polo que non procede a imposición da multa prevista no artigo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente executiva no seus propios termos, é definitiva na vía administrativa e contra a mesma cabe interpoñer recurso perante a Sala do contencioso-administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia, no prazo de dous meses, a contar desde o día seguinte á notificación desta resolución, de conformidade co disposto nos artigos 10.1.k) e 46.1 de la Lei 29/1998, de 13 de xullo, reguladora da xurisdición contencioso-administrativa.