

Recursos nº 51/2019 y 54 /2019 (acumulados)**Resolución nº 58/2019****RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN
PÚBLICA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE GALICIA**

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

VISTOS los recursos especiales en materia de contratación interpuestos por D. V.D.C. en nombre y representación de INFORHOUSE S.L., recurso 51/2019, y D. V.V.L. actuando en nombre y representación de VSM SISTEMAS CORUÑA S.A., recurso 54/2019, ambos contra el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de licitación para la contratación del arrendamiento de un sistema integral de gestión de impresión de pago por copia del Ayuntamiento de A Coruña, expediente S-6/2017, este Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Galicia (TACGal, en adelante) en sesión celebrada en el día de la fecha, adoptó, por unanimidad, la siguiente Resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el Ayuntamiento de A Coruña se convocó la licitación del contrato del arrendamiento de un sistema integral de gestión de impresión de pago por copia, con un valor estimado declarado de 869.421,48 euros.

Tal licitación fue objeto de publicación en el DOUE del 08.08.2017, en el BOP del 14.08.2017 y en el DOGA del 30.08.2017, con anuncios rectificativos en los mismos diarios.

Segundo.- Según el expediente de la licitación, la misma estuvo sometida al texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSPP, en adelante).

Tercero.- Los recurrentes impugnan el acuerdo de fecha 22.01.2019 por el que se adjudica el contrato a la empresa RICOH ESPAÑA S.L.U., publicado el 05.02.2019.

Cuarto.- El día 25.02.2019 INFORHOUSE S.L. y el día 26.02.2019 VSM SISTEMAS CORUÑA S.L. interpusieron recurso especial en materia de contratación, ambos a través del formulario telemático existente a tal fin en la sede electrónica de la Xunta de Galicia, con enlaces en la web de este Tribunal, que recibieron los números 51 y 54/2019, respectivamente.

Quinto.- El 25.02.2019, en el recurso 51/2019, y el 27.02.2019, en el recurso 54/2019, se reclamó al Ayuntamiento de A Coruña el expediente y el informe al que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (en adelante, LCSP). La documentación fue recibida en este Tribunal el día 01.03.2019.

Sexto.- En sesión de fecha 28.02.2019 este Tribunal acordó mantener la suspensión del procedimiento de licitación, en relación al recurso 51/2019.

Séptimo.- Al amparo del artículo 57 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, el 04.03.2019 este TACGal decide acumular en un único procedimiento los recursos 51 y 54/2019 así como extender el mantenimiento de la medida cautelar adoptada en el recurso 51/2019 al recurso 54/2019.

Octavo.- Se trasladaron los recursos a los interesados el 04.03.2019, recibándose las alegaciones de la empresa RICOH ESPAÑA S.L.U.; la recurrente VSM SISTEMAS CORUÑA S.A. presentó, a su vez, alegaciones al recurso 51/2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Al amparo del artículo 35 bis. 5 de la Ley 14/2013, de 26 de diciembre, de racionalización del sector público autonómico, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver este recurso.

Segundo.- En virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera.4 LCSP el presente recurso se tramitó conforme a los artículos 44 a 60 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, y, en lo que fuera de aplicación, por el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Tercero.- INFORHOUSE S.L. quedó clasificada en segundo lugar en la licitación, por lo que dirigiendo su impugnación hacia la exclusión de la adjudicataria procede otorgarle legitimación al respecto.

VSM SISTEMAS CORUÑA S.A. fue la tercera clasificada en el procedimiento y pretende de manera principal la exclusión de la adjudicataria, sin dirigir crítica contra la clasificada en la segunda posición, por lo que *prima facie* cabría advertir que ningún beneficio obtendría con la estimación de su recurso puesto que no mejoraría su posición jurídica, en cuanto que no le permitiría en ningún caso acceder a la adjudicación de la licitación. Ahora bien, es cierto es que en su recurso también formula crítica contra las puntuaciones obtenidas en los criterios sujetos a juicio de valor, lo que unido a las especiales características de esta licitación y de las alegaciones formulados por ambas recurrentes, que de estimarse supondrían una reconfiguración también de las puntuaciones correspondientes a los criterios automáticos, procede otorgarle la debida legitimación al recurrente, puesto que de la estimación de su recurso sí cabría deducir un beneficio en su posición jurídica.

Cuarto.- Siendo publicado el acuerdo de adjudicación y notificado, mediante puesta a disposición electrónica, el día 05.02.2019, ambos recursos fueron interpuestos en plazo.

Quinto.- Se impugna el acuerdo de adjudicación de un contrato de suministro por importe superior a 100.000 euros, por lo que el recurso es admisible en esos aspectos.

Sexto.- INFORHOUSE S.L. impugna el acuerdo de adjudicación indicando que la oferta de la adjudicataria era desproporcionada por lo que *“debería haberse iniciado el procedimiento contradictorio previsto en la norma, finalizando con una resolución motivada”*, y critica por *“engañosa”* la oferta ganadora, al no ser en realidad la más económica para el órgano de contratación.

VSM SISTEMAS CORUÑA S.A. critica también la oferta de la adjudicataria al entender que vulnera los principios de la contratación pública y la normativa fiscal, por lo que debería haber sido excluida de la licitación.

Además, critica el sistema de puntuación de uno de los criterios sujetos a juicio de valor.

Séptimo.- En el expediente remitido por el órgano de contratación únicamente consta un informe, que si bien no se refiere explícitamente a los recursos presentados, analiza económicamente el resultado de la licitación.

Es preciso destacar que si bien la carga de la prueba en este procedimiento de recurso corresponde al recurrente, el informe preceptivo del órgano de contratación debe expresar las razones y motivaciones de su postura sobre las cuestiones que son objeto de debate (en el mismo sentido, Resolución 34/2015 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Aragón).

Así, el hecho de que lo recogido en los argumentos del informe que se presenta ante este Tribunal no se adecue a las motivaciones alegadas en el recurso dificulta la defensa de la postura del órgano de contratación en este procedimiento.

Octavo.- La empresa adjudicataria, RICOH ESPAÑA S.L.U., alega, en primer lugar, la inadmisibilidad del recurso presentado por VSM CORUÑA S.A. Además defiende la onerosidad de su propuesta y su viabilidad, así como el correcto proceder del órgano de contratación.

Noveno.- En primer lugar, debemos señalar que VSM CORUÑA S.A. solicita de este Tribunal que le conceda acceso al expediente. Ahora bien, en su recurso no se manifiesta que ese acceso fuera solicitado previamente ante el órgano de contratación, ni consta en la documentación del expediente administrativo remitido a este TACGal, por lo que siendo esa petición previa presupuesto necesario para que

este Tribunal pueda analizar ese aspecto, no procede la estimación de su solicitud de conformidad con lo previsto en el artículo 52 de la LCSP

La primera alegación del recurrente INFORHOUSE S.L. se fundamenta en que la oferta de la empresa adjudicataria se encontraba en situación de baja desproporcionada, por lo que se debió tramitar debidamente el procedimiento previsto en el artículo 152 del TRLCSP.

Ya adelantamos la dificultad de valorar esta alegación del recurrente puesto que en diversos momentos semeja criticar que no se efectuara esa tramitación (“*si se hubiera seguido el trámite establecido*”, señala), aunque en otro apartado parece indicar solamente que no existió decisión adoptada al respecto, además de referirse en todo momento a la actual Ley 9/2017, cuando el procedimiento de licitación se rige por el TRLCSP.

A este respecto, su artículo 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 rechace 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, lo primero que resulta de la vista del expediente es que no sólo la oferta de la adjudicataria, sino también la de la recurrente y la de la otra licitadora se encontraban en situación de baja desproporcionada, por lo que se efectuó la tramitación prevista por el artículo 152 del TRLCSP, presentando todas justificación oportuna de sus ofertas. Consta igualmente informe motivado del jefe del servicio de informática de fecha 30.08.2018 en el que se aceptan las justificaciones presentadas, informe analizado y aprobado por la mesa de contratación según acta del día 30.11.2018. A la vista de la clasificación final de las ofertas, se continuó el procedimiento hasta la propuesta final de adjudicación por la mesa y acuerdo al respecto del órgano de contratación.

En consecuencia, existiendo motivación en el informe técnico al respecto de la justificación presentada por cada una de las empresas, motivación asumida por la propia mesa de contratación y que no es criticada en este recurso, no cabe apreciar vicio invalidante sobre ese aspecto; y no existiendo decisión de exclusión de ninguna oferta en ese trámite de justificación de las bajas tampoco procedía que por el órgano de contratación se efectuara en ese momento ninguna notificación, como semeja pretenderse en el recurso presentado, puesto que continuando vivas las ofertas de los licitadores la decisión del órgano de contratación se produce efectivamente en el momento de la adjudicación del procedimiento, en el que acepta expresamente la propuesta formulada por la mesa de contratación.

VSM CORUÑA S.A. critica que se admitiera la justificación de la baja presentada por la adjudicataria, si bien en su recurso no se hace ninguna mención al concreto documento justificativo de la oferta, ni a los argumentos del Ayuntamiento para entenderla como viable, lo que determina que se deba desestimar ya ese motivo de impugnación. Señalar, así, que corresponde al recurrente proveer de argumentos a este Tribunal para la defensa de su postura, no pudiendo ampararse en manifestaciones genéricas de posibles incumplimientos (por todas, Resolución TACGal 26/2018).

Tampoco resulta admisible la repetida mención de que los pliegos no fijaron un umbral de temeridad, pues lo mismo consta expresamente indicado en la cláusula 20

del PCAP con referencia al artículo 85 del RD 1098/2001 por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de contratos de la Administraciones Públicas.

Décimo.- Como segundo motivo de impugnación, INFORHOUSE S.L. califica la oferta de la adjudicataria como “engañosa”, por entender que en realidad no es la oferta más económica para el órgano de contratación. A este respecto, señalar que la oferta de la adjudicataria recoge unos precios por impresión en blanco y negro y color, y un precio de 0 euros para el exceso en esas mismas impresiones.

El PCAP en su cláusula 19ª señala como criterio de adjudicación:

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

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

Así, el recurrente tras señalar con un ejemplo práctico que con las mismas copias su oferta es más barata que la ganadora, señala 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”*

Pues bien, a la vista de este argumento debemos señalar que no procede una impugnación indirecta de los pliegos por quien fue partícipe de la licitación. Una vez firmes y consentidos, los pliegos son *lex contractus* y vinculan a los licitadores y al órgano de contratación a lo largo del procedimiento de adjudicación. Es preciso indicar que los criterios de adjudicación y las formas de valoración estaban previstas de forma clara en los pliegos, por lo que no cabe admitir en este momento una crítica a los mismos por quien, conocido y aceptado su contenido, participa en la licitación y no resulta adjudicatario.

En este sentido, y tratándose de criterios de aplicación automática, lo único que procede es la aplicación directa de la fórmula prevista, sin que se puedan introducir criterios técnicos que desvirtúen lo previsto en los pliegos de la licitación, pues se estaría vulnerando los principios de transparencia y de igualdad entre los licitadores.

Igualmente, debemos tener en cuenta que el informe del órgano de contratación señala 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”*. De la lectura de la cláusula 19ª del PCAP anteriormente transcrita parece que la intención del órgano de contratación al configurar las reglas de la licitación fue precisamente la de prever un precio bajo para un número de copias elevado, por lo que no cabe crítica hoy por hoy a un resultado que se ajusta a lo previsto en la licitación.

Además, debemos precisar que tampoco se alega por el recurrente, sino más bien al contrario, que el órgano de contratación se alejara del contenido del PCAP a la hora de evaluar las distintas ofertas.

Todo lo cual determina que se deba desestimar este motivo del recurso.

Décimo primero.- Por último, INFORHOUSE S.L critica la oferta de la adjudicataria por ofrecer como precio 0 euros en las impresiones en exceso del número mínimo previsto, indicando que vulnera los principios de concurrencia e

igualdad y que no se ajusta a los precios del mercado. Además, critica que la aplicación de la fórmula con 0 euros determina que las otras ofertas no fueran puntuadas.

En este mismo sentido, VSM CORUÑA S.A. también critica dicha oferta pues entiende que la oferta de 0 euros es una oferta gratuita que no debía ser aceptable al no ser un precio cierto.

Tal y como reconoce el escrito del recurso de INFORHOUSE S.L, la posibilidad de ofertar prestaciones por 0 euros es ampliamente aceptada por los Tribunais Administrativos de recursos contractuales por entender que no se vulnera la necesaria onerosidad en un contrato público. El recurrente, sin embargo, critica que en este caso ese precio de 0 euros se refiere a la prestación contractual principal, por lo que entiende que sí se estaría vulnerando el principio de igualdad entre los licitadores.

Esta tesis del recurrente no puede ser acogida por este Tribunal. Según el PCAP el objeto contractual es el *“arrendamiento de un sistema integral de gestión de impresión con pago por copia para el Ayuntamiento de A Coruña”*, y 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”*.

La empresa adjudicataria configuró su oferta, respecto a los criterios de valoración referentes al número de copias por impresión, de conformidad con lo establecido en los pliegos de la licitación que preveían precios distintos, por un lado, para el número de copias fijado como mínimo y, por otro, para las copias en exceso de ese mínimo. Y tal y como señala el órgano de contratación en su informe, la oferta ganadora es la más barata a medida que aumenta el número de copias, pero para las copias mínimas era la oferta más cara de las presentadas, por lo que en ningún caso se puede apreciar que no exista onerosidad o que se vulnerara el principio de igualdad. De hecho, en el propio argumento anterior el recurrente INFORHOUSE S.L defiende que su oferta es más económica, lo que contradice lo indicado en este motivo del recurso.

Por el mismo motivo debemos rechazar las alegaciones del otro recurrente. Como dijimos, la adjudicataria configuró su oferta dentro de los parámetros fijados por el PCAP, aceptado y no impugnado por los licitadores. En consecuencia, el hecho de que configurara su propuesta ofertando un precio de 0 euros para una parte de las

copias ofertadas no significa que efectúe gratuitamente el objeto contractual, pues el Ayuntamiento abonará una contraprestación económica cuantificada en la oferta y, además, es indudable que la adjudicataria prevé obtener un beneficio en este contrato, que los propios recurrentes reconocen puede llegar a ser superior al derivado de sus propias ofertas.

Como señala el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su 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.”

En la misma línea, con cita de diversa doctrina al respecto, la Resolución 31/2018 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Canarias.

Igualmente cabe desestimar el argumento que solicita la exclusión en base a un incumplimiento de la normativa fiscal, al señalar el recurrente esa prestación por 0 euros estaría sujeta al IVA, lo que incrementaría el precio del contrato. Pues bien, aunque del texto del recurso no se aprecia el concreto motivo de incumplimiento de la normativa fiscal, lo cierto es que en todo caso nos encontraríamos ante una posible circunstancia acaecida en la fase de ejecución contractual, y por lo tanto ajena a este momento de la licitación, en el que no se nos muestra por el recurrente causa que determine la exclusión de la oferta de la adjudicataria.

Por otro lado, los recurrentes critican la aplicación de la fórmula del PCAP a la vista de la oferta de 0 euros de la adjudicataria. Señala en ese sentido INFORHOUSE S.L. que *“sería correcto aplicar la puntuación máxima al adjudicatario”*, pero que al aplica el valor 0 *“el resultado de la proporción es indeterminado, con lo que convierte nuestra oferta en no puntuable”*.

A este respecto, debemos indicar en primer lugar que el órgano de contratación aplicó directamente la fórmula prevista en los pliegos de la licitación, y en ese sentido el propio recurrente reconoce que la adjudicataria merece la máxima puntuación en esos criterios. Y si bien en estos supuestos diversos Tribunales Administrativos de recursos contractuales admitieron en varias resoluciones la aplicación de un valor mínimo para poder proceder, mediante la aplicación de la fórmula, a la puntuación del resto de los licitadores, no procede mayor análisis de esa posibilidad ya que en este supuesto no se variaría el resultado de la licitación. Así, ese valor mínimo a introducir sería 0,000001 para las copias en blanco y negro y 0,00001 para las copias en color, por ser estos los decimales en los que está configurada la oferta de uno de los licitadores para cada criterio, sin que apenas variasen como resultado las puntuaciones otorgadas.

Por lo que también debemos desestimar estos argumentos del recurso.

Décimo segundo.- Como último motivo de impugnación, VSM CORUÑA S.A. alega en su recurso que se limitó incorrectamente la puntuación a otorgar en el criterio técnico correspondiente a las características técnicas de los equipos ofertados.

A este respecto, debemos señalar que este Tribunal sólo puede tener en cuenta lo indicado al respecto en su escrito del recurso, sin que las alegaciones formuladas al amparo del recurso 51/2018 se puedan utilizar para fundamentar un recurso diferente, ni un complemento del ya presentado.

En todo caso, no procede entrar a valorar lo alegado por el recurrente, puesto que incluso de aceptarse su argumentación no se modificaría el resultado de la licitación, manteniéndose igualmente el actual adjudicatario.

Por todo lo anterior, vistos los preceptos legales de aplicación, este Tribunal, en sesión celebrada en el día de la fecha, **RESUELVE:**

1. **Desestimar** los recursos 51/2019 interpuesto por INFORHOUSE S.L y 54/2019 de VSM SISTEMAS CORUÑA S.A., ambos contra el acuerdo de adjudicación dictado en el procedimiento de licitación para la contratación del arrendamiento de un sistema integral de gestión de impresión de pago por copia del Ayuntamiento de A Coruña, expediente S-6/2017.

2. Levantar la suspensión acordada en su día.

3. Declarar que no se aprecia temeridad o mala fe en la interposición de los recursos, por lo que no procede la imposición de la multa prevista en el artículo 58.2 LCSP.

Esta resolución, directamente ejecutiva en sus propios términos, es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.