

Recurso nº 017/2022

Resolución nº 49/2022

ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE LA COMUNIDAD DE MADRID

En Madrid, a 3 de febrero de 2022.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de General Machines Technology, S.L. (en adelante, GMT), contra acuerdo de la Junta de Gobierno Local, de fecha 23 de diciembre de 2021, por el que se adjudica el contrato “adquisición, mediante arrendamiento sin opción de compra, de equipos de impresión para el Ayuntamiento de Mejorada del Campo (Madrid)”, expediente 4320/2020, este Tribunal ha adoptado la siguiente,

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Mediante anuncios publicados en la Plataforma de Contratación del Sector Público, con fecha 14 de octubre de 2021, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación.

El valor estimado de contrato asciende a 187.200,00 euros y su plazo de duración será de 48 meses.

Segundo.- A la presente licitación se presentaron tres empresas, entre ellas la recurrente.

Con fecha 2 de noviembre de 2021 se celebró la Mesa de Contratación, en la que se procedió a la apertura del Archivo 1 denominado “*Documentación Administrativa*”, siendo admitidas las ofertas de los tres concurrentes: Ricopia Henares S.A., Cibergraf S.L.U. y General Machines Technology S.L.

En la misma sesión, igualmente, se abrieron las ofertas del Archivo 2 “*Criterios cuantificables automáticamente*” que siendo admitidas todas ellas se remitieron a los Servicios Técnicos Municipales a fin de que procedieran a valorarlas conforme a los Pliegos.

Con fecha 12 de noviembre de 2021, se procede a celebrar sesión de la Mesa donde se da lectura del Informe de Valoración de los criterios cuantificables automáticamente, elaborado por el Jefe de Oficina de Atención al Ciudadano. Dado que la oferta presentada por Ricopia Henares S.A. (en adelante, Ricopia) incurría en valores anormales o temerarios, se le concedió plazo para la justificación de su oferta.

La Mesa de Contratación con fecha 20 de diciembre de 2021, acuerda admitir al licitador Ricopia a cuyo favor ha recaído la propuesta de adjudicación, al considerar justificada la baja temeraria y haber cumplido el requerimiento de 25 de noviembre de 2021, procediendo a adjudicar el contrato por acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 23 de diciembre de 2021, que ha sido publicado y notificado el día 28 del mismo mes.

Con fecha 17 de enero de 2022, GMT presentó recurso especial en materia de contratación contra la adjudicación del contrato de referencia.

Tercero.- El 25 de enero de 2022 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de

noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por haberse interpuesto recurso contra el acto de adjudicación, de conformidad con lo establecido en el artículo 53 de la LCSP, y el artículo 21 del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC), aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, sin que sea necesario adoptar acuerdo de mantenimiento de la suspensión en virtud del Acuerdo adoptado por este Tribunal el 5 de diciembre de 2018, dado que el órgano de contratación en su informe no se pronuncia sobre la suspensión del procedimiento.

Quinto.- La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. Con fecha 1 de febrero de 2022 tiene entrada en este Tribunal el escrito de alegaciones efectuadas por la adjudicataria, de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento de derecho Quinto de esta Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo.- El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una persona jurídica clasificada en segundo lugar, “*cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar*

afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”, (artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero.- El recurso especial se planteó en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue notificado el 28 de diciembre de 2021, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 17 de enero de 2021, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto.- El recurso se interpuso contra la adjudicación de un contrato de suministro cuyo valor estimado es superior a 100.000,00 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.c) de la LCSP.

Quinto.- Antes de entrar sobre el fondo del asunto, resulta de interés transcribir el contenido del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (en adelante, PCAP) en su cláusula 21:

“A) CRITERIOS CUANTIFICABLES AUTOMÁTICAMENTE: Hasta 100 puntos.

1. OFERTA ECONÓMICA. Se otorgarán hasta un máximo de SETENTA PUNTOS (70) PUNTOS.

Se otorgará la máxima puntuación (70 puntos) a la proposición que presente el mayor porcentaje de descuento sobre el presupuesto base de licitación, puntuándose el resto de forma proporcional de acuerdo con la oferta presentada.

Puntos oferta a valorar = 70 x (Precio oferta más baja / Precio oferta a valorar).

2. MEJORAS. Se otorgarán hasta un máximo de TREINTA (30) PUNTOS.

En el número de copias en blanco y negro.

El mayor número de copias en blanco y negro sobre el mínimo exigido. CINCO (5) puntos.

Para el resto. Puntos oferta a valorar = 5 x (Número de copias en blanco y negro de la oferta a valorar / Número mayor de copias en blanco y negro de la oferta más ventajosa).

En el número de copias en color.

El mayor número de copias en color sobre el mínimo exigido. DIEZ (10) puntos.

Para el resto. Puntos oferta a valorar = 10 x (Número de copias en color de la oferta a valorar / Número mayor de copias en color de la oferta más ventajosa).

Exceso en el número de copias en blanco y negro.

El mejor precio por página para el exceso en blanco y negro. CINCO (5) puntos.

Para el resto. Puntos oferta a valorar = 5 x (Precio por página más bajo de la oferta más ventajosa / Precio oferta a valorar).

Exceso en el número de copias en color.

El mejor precio por página para el exceso en color. DIEZ (10) puntos.

Para el resto. Puntos oferta a valorar = 10 x (Precio por página más bajo de la oferta más ventajosa / Precio oferta a valorar)".

La oferta realizada por el adjudicatario es la siguiente en cuanto a las mejoras:

2.- Mejoras:

a) En el número de copias:

El mayor número de copias en blanco y negro sobre el número exigido:
Ilimitadas.

El mayor número de copias en color sobre el número exigido: **2.085 copias color al mes.**

b) Exceso en el número de copias:

El mejor precio por página para el exceso en blanco y negro: **0 €**

El mejor precio por página para el exceso en color **0,025 €(IVA excluido).**

Entrando en el fondo del recurso, la recurrente lo fundamenta en que la propuesta del adjudicatario de exceso de copias en blanco y negro por valor ilimitadas y el precio cero de las páginas de exceso en blanco y negro, rompen los parámetros de aplicación de la fórmula contenida en los Pliegos de proporcionalidad, llegando a dotar de contenido imposible a la oferta seleccionada.

Señalar que el Pliego es claro al indicar que se pretende la ponderación relativa de cada uno de ellos, por lo que claramente apuesta, como no podía ser de otra forma, por los principios rectores de la licitación pública, la libre concurrencia y la igualdad entre los licitadores a la hora de obtener la mejor calidad-precio. Así determina que a la oferta con mayor número de copias se otorgue cinco puntos en el caso de copias en blanco y negro y las demás se valoren de manera proporcional a la misma. Y en el precio igual, siempre bajo el criterio de la proporcionalidad sobre la mejor.

La entidad propuesta como adjudicatario ha roto, en todo momento, estos principios, ya que oferta un número de copias en blanco y negro exceso “*ilimitadas*”, a un precio de “*cero euros*”, con lo cual no hay ponderación posible, puesto que infinito por cualquier otro parámetro hace que los demás tengan cero puntos. Lo mismo pasa cuando se admite que se oferten copias a cero euros, que no hay proporcionalidad posible, obteniendo todos los demás cero puntos.

Por su parte, el órgano de contratación señala que en el informe de valoración se hacía constar “*En los apartados “Nº COPIAS B/N EXCESO” y “€ PÁGINA EXCESO B/N” se otorga la máxima puntuación a la mejor oferta consistente en copias ilimitadas y gratuidad en exceso de copias y cero puntos al resto puesto que la proporcionalidad entre cualquier valor e infinito resulta cero*”. No así en los apartados relativos a copias y páginas en color, pese a que la mejor oferta se acerca a cero sin alcanzarlo. En este caso se establece una proporcionalidad entre la mejor de las ofertas y el resto.

Este último párrafo del informe hace mención a que el criterio cuantificable aritméticamente se respetó de igual manera en el cálculo de las mejoras relacionadas con las copias en color. Así estos apartados arrojaban un resultado muy dispar por encontrarse la oferta de otra de las empresas licitadoras, ahora recurrente, cercana a cero (0,00000001 €) con lo que se le otorgaba la máxima puntuación (10 puntos) muy lejos de la siguiente oferta presentada, adjudicatario inicial, (0,025 €) a la que se dio tan solo (0,0000004 puntos).

Concluye afirmando que los criterios cuantificables señalados en el informe del servicio técnico son conformes a los Pliegos.

Por su parte, el adjudicatario alega que no hay ningún problema en que se oferte un número de copias en blanco y negro ilimitadas cuando el contrato es considerado de suministro y consiste en un arrendamiento de equipos de impresión. Es decir, se arrienda el equipo independientemente del volumen de páginas que se impriman. Lo esencial del contrato es el arriendo de los equipos de impresión y no si imprime un mayor o menor número de páginas. La cantidad de páginas impresas, determinará en tal caso un mayor número de actuaciones de mantenimiento, que dependiendo de las características técnicas del equipo instalado también se verá modulado factores que cada empresa licitadora debe de valorar para entender que su oferta le pueda ser o no beneficiosa. En coherencia con la oferta realizada de poder imprimir copias en blanco y negro de manera ilimitada, es lógico que oferten un valor de cero euros por cada exceso de copia en blanco y negro. Es obvio que si están ofertando copias ilimitadas, no se exija ninguna contraprestación económica. Lo contrario sí que supondría ser una “*oferta de contenido imposible*”.

Añade que si se analiza la oferta de la recurrente, debe ser considerada como una oferta ilusoria de contenido imposible porque rompe con todos los parámetros de aplicación de la fórmula contenida en los Pliegos de proporcionalidad. Y ello porque, a pesar de que haya cuantificado en esos números de todo punto inviables el exceso de copias, en la práctica es lo mismo que si hubiese ofertado un número de copias en blanco y negro ilimitadas a cero euros, como ha hecho Ricopia. Así mismo, considera ilusorio ofertar un exceso de 4 millones de copias teniendo en cuenta que en la práctica jamás se va a llegar a tales cifras por la administración. Con esos números ofertados, para que la recurrente pudiera facturar un simple céntimo de euro -por ser esta la unidad mínima de medida económica-, deberían de realizarse 10 millones de copias en blanco y negro de exceso sobre los 4.000.000 de exceso iniciales ofertados.

Vistas las alegaciones de las partes, procede dilucidar si la oferta realizada por la adjudicataria es ajustada a derecho.

Hemos de partir, en primer lugar, de la mención de la doctrina asentada de que los Pliegos constituyen la ley de contrato y vinculan por igual al órgano de contratación y al licitador que los ha aceptado al presentar su oferta.

En el caso que nos ocupa, los Pliegos no fueron objeto de recurso en el momento procedural oportuno por parte de la recurrente, por lo que debe considerarse aceptados en todos sus extremos y en base a ellos presentó su oferta.

Sentado lo anterior, no resulta procedente en este momento entrar en el análisis jurídico de los Pliegos en los términos que fueron redactados, ni tampoco es una circunstancia planteada por la recurrente en su recurso. Procede, por tanto, so pena de ir en contra del principio de congruencia, determinar si, conforme a los Pliegos, la oferta del adjudicatario es válida.

Efectivamente, el PCAP contiene en el ámbito de las mejoras unos criterios de valoración que no fijan límites a las ofertas de los licitadores ni establecen criterios para determinar su temeridad. Esta circunstancia, que ha sido considerada no ajustada a derecho en numerosas resoluciones de este Tribunal (algunas citadas por el propio recurrente), puede generar consecuencias indeseables desde el punto de vista jurídico a la hora de valorar las ofertas.

Al establecer los Pliegos en el ámbito de las mejoras criterios de proporcionalidad, y al ofertar la empresa adjudicataria un número de copias ilimitada o copias a coste cero, resulta que el resto de las ofertas, al realizar la operación matemática de proporcionalidad, da como resultado cero en su valoración.

Ante esta circunstancia, las opciones que se plantean a este Tribunal serían, en primer lugar la anulación de la cláusula referente a las mejoras, anulando los

Pliegos y el procedimiento de licitación, opción que debe ser rechazada por al tratarse de un posible supuesto de anulabilidad no planteado por la recurrente, lo que supondría, como se ha dicho anteriormente, vulnerar el principio de congruencia.

En segundo lugar, se plantea la opción propuesta por la adjudicataria de ponerle el valor de una centésima o el del siguiente licitador en este apartado para garantizar la proporcionalidad y ponderación que impone el PCAP.

En este sentido, el número ilimitado de copias blanco/negro exceso se debería entender como no puesto, al no ser un extremo cuantificable según el espíritu del pliego, asignándole cero puntos en este apartado o subsidiariamente, se considere que el valor ofertado debe ser como máximo el que haya realizado el siguiente licitador con mejor oferta, obteniendo la puntuación ponderada respecto a estos valores.

Respecto a la propuesta de cero euros por página exceso en blanco y negro ofertada por Ricopia se debería considerar como 0,01 euros o bien se le asigne la ofertada presentada por el siguiente licitador con mejor oferta.

Esta segunda opción supondría alterar, por parte de este Tribunal, la oferta realizada por el adjudicatario u otorgarle cero puntos por considerar que la oferta se ha realizado en fraude de ley. A este respecto, procede traer a colación la resolución del TACRC 1249/2020 *“En esencia, se considera en fraude de ley la oferta de precio cero a una prestación, cuyos costes se trasladan al precio ofertado de otra para, dada la estructura de la fórmula de valoración, obtener el máximo de puntos asignados a ese criterio y determinar que el resto de las ofertas, cualquiera que sea su importe, con tal de que sea positivo, obtengan cero puntos. Se produce así un resultado contrario al ordenamiento jurídico, en cuanto esa oferta es calificada como la más ventajosa económico, no siéndolo en realidad, y ello en perjuicio de las ofertas de otros licitadores, cuyas ofertas son realmente mejores económico, pero por efecto de ese fraude de ley obtienen menos puntos.”*

(...)

*En un segundo supuesto, hemos considerado que también concurre el segundo requisito del fraude de ley cuando **se formula precio cero, casi cero o irrisorio para obtener el máximo de puntos en la oferta de precio a una prestación**, pero se trasladan los costes al precio ofertado de otra en la que por diferencias se ve compensado la menor cifra de puntos obtenidos en la oferta de precio más elevado a una prestación, con la mayor cantidad de puntos obtenidos en la oferta de precio cero o casi cero a la otra prestación, al obtener más puntos de los que pierde en aquella oferta a la otra prestación.*

En el caso citado, el fraude de ley se aprecia porque esta forma de proceder le permite al oferente, trasladando costes, obtener más puntos de los que obtendría ofertando precios reales y efectivos a cada prestación. El fraude se produce porque se obtienen más puntos de los merecidos mediante la oferta de precio cero o casi cero a una prestación que sí tiene costes, pero que se retribuyen con el mayor precio ofertado en otra u otras prestaciones. De esa forma se fraude incurre en de ley si esa maniobra determina que pase a ser la oferta con mejor puntuación sin ser la oferta económicamente más ventajosa en conjunto con arreglo al criterio precio aplicado las distintas prestaciones. En ese caso, la norma no ampara el resultado prohibido o contrario al ordenamiento jurídico, de forma que la oferta queda enfrentada a la norma defraudada, que es la que determina que no puede tener mejor puntuación una oferta si otra económicamente es más ventajosa”.

A juicio de este Tribunal, no puede predicarse en el caso que nos ocupa, la existencia real de un fraude de ley, ya que ello exigiría que la oferta realizada en la mejora por el adjudicatario supusiera un maniobra que le permitiera pasar a ser la oferta con mejor puntuación sin ser la oferta económicamente más ventajosa en conjunto. Respecto al criterio precio, valorado con 70 puntos, la oferta realizada por la adjudicataria es la mejor oferta económica, ya que asciende a 150.688,80 euros frente a los 182.000,00 euros de la recurrente, obteniendo la mayor puntuación en el criterio precio (70 puntos) y en su totalidad (80,01), a pesar tener 0,1 puntos en las mejoras referidas a las copias en color, como consecuencia de la oferta realizada por la recurrente.

A mayor abundamiento, en caso de anularse las cláusulas referidas a las mejoras por las circunstancias mencionadas anteriormente, la oferta del adjudicatario seguiría siendo la mejor oferta.

Tampoco puede obviarse para la resolución del presente recurso que la oferta realizada por la recurrente (considerando los términos que señala la resolución del TACRC citada “*se formula precio cero, casi cero o irrisorio para obtener el máximo de puntos en la oferta de precio a una prestación*”), es respecto al número de copias de exceso blanco y negro 4.000.000 adicionales a las 4.320.000 exigidas y respecto al precio 0,00000001 euros. En cuanto a las copias en color la oferta de la recurrente es para los mismos parámetros 2.250.000 (respecto a las 960.000 exigidas) y precio 0,00000001 euros, lo que ha ocasionado que la recurrente obtenga 10 puntos en cada uno de ellos frente a los 0,01 y 0,0000004 puntos del adjudicatario.

Todo lo anterior nos lleva a considerar como más ajustada a derecho la tercera opción, que no es otra que la estricta aplicación de los Pliegos consentidos por todas las partes, que en ningún caso han vedado la posibilidad de presentar la oferta realizada por el adjudicatario. La escasa diligencia del órgano de contratación en la redacción de los Pliegos al no establecer límites a la mejoras, no puede perjudicar al licitador que en su conjunto ha realizado la mejor oferta.

Todo ello, nos lleva necesariamente a la desestimación del recurso.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero.- Desestimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de General Machines Technology, S.L., contra acuerdo de la

Junta de Gobierno Local, de fecha 23 de diciembre de 2021, por el que se adjudica el contrato “adquisición, mediante arrendamiento sin opción de compra, de equipos de impresión para el Ayuntamiento de Mejorada del Campo (Madrid)”, expediente 4320/2020.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero.- Dejar sin efecto la suspensión automática prevista en el artículo 53 de la LCSP.

Cuarto.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.