



Recurso nº 1289/2015

Resolución nº 64/2016

RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 29 de enero de 2016.

VISTO el recurso formulado por D. M. V. N. A., en nombre y representación de XEROX ESPAÑA, S.A.U. (en adelante XEROX), contra el acuerdo del Director Gerente de la Mutua FREMAP, por el que se desiste del procedimiento para la licitación del contrato del *“Servicio de Impresión Gestionado (MPS) para FREMAP Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº61”* (Expte. LICT/99/032/2015/0014) el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación, la mutua colaboradora con la Seguridad Social FREMAP, inició procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato para el *“Servicio de Impresión Gestionado (MPS) para FREMAP Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº61”* (Expte. LICT/99/032/2015/0014). El anuncio de licitación del citado procedimiento fue publicado en el DOUE y en la PCE el 5 de agosto de 2015.

Segundo. El procedimiento se desarrolló por los trámites del procedimiento abierto, de conformidad con lo señalado en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

Una vez abiertos los sobres nº 1 y calificada la documentación administrativa con el resultado que obra en el expediente, se procede a la apertura del sobre nº2 relativo a los criterios sujetos a juicio de valor. Emitido el oportuno informe, se convoca nuevamente el 22 de octubre de 2015 a la mesa



de contratación y una vez aprobada la valoración, se procede a la apertura del sobre 3 relativo a la oferta correspondiente a los criterios evaluables mediante fórmula.

Tercero. Tras la celebración del acto público se procede a analizar las distintas ofertas. A la vista del resultado, la Dirección del Área de Producción de la entidad emite un informe técnico donde se pone de manifiesto que los criterios de evaluación utilizados no permiten determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, pues la combinación de la ponderación de los distintos criterios económicos utilizados, da lugar a que se den más puntos a quien ha realizado la oferta más cara y no al revés. A la vista de dicho informe técnico y del informe de la asesoría jurídica, la mesa de contratación, en reunión de 23 de noviembre de 2015, propone al órgano de contratación el desistimiento del contrato, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 TRLCSP. El órgano de contratación da su conformidad a la propuesta, acuerdo que es notificado el 30 de noviembre de 2015.

Cuarto. Frente al citado acuerdo XEROX formula recurso especial el 17 de diciembre de 2015. Recibido en este Tribunal el expediente, acompañado del informe del órgano de contratación, la Secretaría dio traslado del recurso interpuesto a las otras empresas licitadoras en fecha 23 de diciembre de 2015, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen. El 4 de enero de 2016 presentó alegaciones la entidad HEWLETT PACKARD ESPAÑOLA S.L.U. (en adelante HP), en el sentido de oponerse a las alegaciones del recurrente, confirmando el acuerdo de desistimiento.

Quinto. El 14 de enero de 2015 la Secretaría del Tribunal, por delegación de éste, dictó Resolución denegando la solicitud de medidas cautelares formulada por el recurrente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. Competencia del Tribunal.

El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverla de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 y 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP).

Segundo. Adecuación del procedimiento.



El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 b) TRLCSP, al tratarse del acto que pone fin al procedimiento. Así lo ha manifestado este Tribunal en diversas ocasiones (véase resolución nº 95/2015 o 742/2014), así como otros competentes por razón de la materia (Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León resolución nº 43/2015).

Además, se trata un procedimiento de contratación de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.1 a) TRLCSP.

Tercero. Legitimación.

El recurso está interpuesto en tiempo y forma por persona legitimada para ello, de conformidad con lo señalado en el artículo 42 TRLCSP, por tratarse del licitador clasificado en primer lugar, por lo que una eventual estimación del mismo podría dar lugar a la adjudicación del contrato en su favor.

Cuarto. Alegaciones del recurrente y contestación del órgano de contratación y de HP.

En su recurso XEROX alega, en síntesis, que no existe infracción alguna de las normas de procedimiento, no habiéndose alegado por el órgano de contratación qué concreto precepto del TRLCSP se habría vulnerado para considerar que procede el desistimiento del contrato.

Por otro lado, considera que el pliego estaba correctamente formulado, sin que quepa concluir que la oferta económicamente más ventajosa sea necesariamente la oferta más barata. En este sentido recuerda que su oferta reduce a la mínima expresión el canon mensual, de suerte que se incentiva el menor consumo de papel por parte de FREMAP, objetivo que de hecho es expresamente uno de los recogidos en el informe CORA de reforma de las Administraciones Públicas.

De este modo, según alega el recurrente, no es cierto que su oferta sea la más cara, puesto que en función del consumo real que tenga el organismo es posible que su oferta sea finalmente la más barata, precisamente porque al establecer un canon mensual muy pequeño, cuanto más se reduzca el consumo del organismo, más se reduce el coste del servicio.



Por el contrario, tanto el órgano de contratación como HP coinciden en señalar que ello no es así. Consideran que, al no haberse vinculado los distintos criterios de valoración, optando por valorar de forma independiente el coste mensual respecto del variable estimado, se ha cometido un error, puesto que se prima a quien ofrece el servicio más caro. Según el órgano de contratación, lo correcto habría sido establecer un criterio de valoración que vinculara la suma de ambos costes (fijo y variable) para poder valorar el criterio precio.

Así, HP afirma además que solo una drástica reducción del consumo del 65% en la realización de copias en blanco y negro y del 90% en copias en color permitiría que la oferta de XEROX fuera más barata que la del resto de licitadores, objetivo que resulta inasumible para cualquier organismo.

Quinto. Doctrina administrativa en relación con el desistimiento del contrato.

El artículo 155 del TRLCSP señala:

- 1. En el caso en que el órgano de contratación renuncie a celebrar un contrato para el que haya efectuado la correspondiente convocatoria, o decida reiniciar el procedimiento para su adjudicación, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».*
- 2. La renuncia a la celebración del contrato o el desistimiento del procedimiento sólo podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la adjudicación. En ambos casos se compensará a los candidatos o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido, en la forma prevista en el anuncio o en el pliego, o de acuerdo con los principios generales que rigen la responsabilidad de la Administración.*
- 3. Sólo podrá renunciarse a la celebración del contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la renuncia.*
- 4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación,*



debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un nuevo procedimiento de licitación.”

En la renuncia, por tanto, basta con que se justifique una causa de interés general, pero no podrá iniciarse un nuevo procedimiento hasta que se acredite que la causa ha desaparecido. En el desistimiento, por el contrario, es necesario que se acredite que se ha producido una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las que regulan el procedimiento de adjudicación y en este caso sí será posible iniciar un nuevo procedimiento.

En el presente caso nos encontramos con un supuesto de desistimiento del contrato, por entender el órgano de contratación que la cláusula del PCAP que regula los criterios de adjudicación evaluables mediante fórmula resulta nula de pleno derecho, por ir en contra de los principios generales de la contratación del sector público, ya que no permite determinar cuál es la oferta económicamente más ventajosa, al no haberse vinculado los distintos criterios económicos utilizados.

Los criterios de adjudicación se encuentran detallados en el anexo X del PCAP, al que se remite su cláusula 2.5 del mismo. En relación con los criterios sujetos a evaluación mediante fórmula se recogen los siguientes:

Oferta cuotas: Se asignará la máxima puntuación a la oferta de cuota mensual más económica de las presentadas, asignándose la puntuación al resto de ofertantes, proporcionalmente, de acuerdo con la siguiente fórmula: $\text{Puntuación} = 37 * (\text{ofrMen} / \text{OfrAct})$	37
Oferta copias B/N Se asignará la máxima puntuación a la oferta de copias en blanco y negro más económica de las presentadas, asignándose la puntuación al resto de ofertantes, proporcionalmente, de acuerdo con la siguiente fórmula: $\text{Puntuación} = 18 * (\text{ofrMen} / \text{OfrAct})$	18
Oferta copias Color: Se asignará la máxima puntuación a la oferta de copias en blanco y negro más económica de las presentadas, asignándose la puntuación al resto de ofertantes, proporcionalmente, de acuerdo con la siguiente fórmula: $\text{Puntuación} = 5 * (\text{ofrMen} / \text{OfrAct})$	5



Al analizar las distintas ofertas, asignando la puntuación el resultado de la valoración de los tres criterios económicos fue el siguiente:

	CUOTAS	PT	B/N	PT	COLOR	PT	TOTALES	PT
HP	668.976,00	0,06	603.672,00	18	166.704,00	5	1.439.352,00	23,06
XEROX	1.005,60	37,00	2.295.753,60	4,73	921.816,00	0,9	3.218.575,20	42,63
KONICA	1.444.923,22	0,03	681.408,00	15,95	188.616,00	4,42	2.314.947,22	20,40
IECISA	1.197.103,20	0,03	1.059.552,00	10,26	326.377,60	2,54	2.585.032,80	12,83
RICOH	771.396,00	0,03	1.247.577,60	8,71	246.820,80	3,38	2.265.794,40	12,14

En primer lugar, y dando así respuesta a la primera de las alegaciones planteada por el recurrente, una cláusula que introdujera criterios de adjudicación que vulneraran lo dispuesto en el artículo 150 TRLCSP, constituye desde luego una infracción de las normas que regulan los procedimientos de licitación y, como tal, podría ser causa suficiente para acordar el desistimiento del contrato.

En particular, en relación con los criterios evaluables mediante fórmulas, este Tribunal ha señalado en diversas ocasiones que las fórmulas que se utilicen deben permitir determinar la oferta económicamente más ventajosa y además ordenar proporcionalmente las ofertas, de suerte que un criterio definido de tal modo que se desvirtúen ambos objetivos, puede dar lugar a la nulidad de pleno derecho del PCAP y con ella del procedimiento en su conjunto (resolución nº120/2013, y las que en ella se citan).

También se ha señalado por este Tribunal, en resolución 228/2015 que el establecimiento de fórmulas de valoración en el criterio precio que dan lugar a que ofertas más baratas alcancen peor puntuación que ofertas más caras da lugar a una infracción no subsanable de las normas sobre preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación.

No quiere decirse con ello que la oferta económicamente más ventajosa tenga necesariamente que ser la más barata. Puede ser que la suma de la puntuación de otros criterios determine que la adjudicación corresponda a una oferta más cara. Pero lo que no es admisible es que al valorar el criterio relativo al precio, el resultado de la valoración suponga que se otorga mayor puntuación a



quien ha realizado una oferta más cara, pues en tal caso se conculcarían los principios y objetivos de la contratación del sector público.

La cuestión por tanto se centra en determinar si en este caso la oferta presentada por XEROX era o no la más cara. En el presente caso, tal y como se señala en el cuadro- resumen del PCAP (apartado 6.1) el sistema de determinación del precio se ha hecho mediante el sistema de precios unitarios. De este modo, el precio se ha fijado por la suma de dos componentes: una cuota mensual fija y una cuota variable en función del número de copias en color y blanco y negro, dando el pliego una cuantía estimada en base al volumen de copias efectuado en el pasado.

Dada esta forma de determinación del precio, nada impide en principio que en el PCAP se establezcan tres criterios separados de valoración: el coste mensual por un lado y el coste variable de las copias en B/N y en color por otro lado. Esta forma de determinación del precio, como señala el recurrente, resulta plenamente acorde con los principios de contratación, pues efectivamente a una menor cuota mensual, mayor efectividad tienen las políticas que puedan introducirse para la incentivación del consumo, lo que puede hacer que la oferta hipotéticamente más cara, resulte finalmente más barata si el consumo fuera inferior al estimado.

De la misma manera, si un licitador hubiera ofrecido un coste mensual fijo muy alto, pero 0 euros por copia, su oferta podría resultar más barata inicialmente, pero a la larga resultar más cara, pues si no se cumplieran los volúmenes de copia estimados, la Administración acabaría pagando más dinero del que habría desembolsado en caso de haber adjudicado a otra oferta que incluyera un coste mensual más bajo, pero un mayor precio por copia.

Ahora bien, tal y como señala el recurrente y destaca en sus alegaciones HP, en el presente caso la oferta de XEROX solo resultaría más barata si se redujera el consumo de copias en B/N en el 65% y en color en un 90%, lo que impediría satisfacer las necesidades que se pretendían cubrir con el contrato, tal y como están definidas en el pliego, pues no resulta razonable pensar que sea posible en tan breve plazo efectuar tal reducción del uso del papel.

Este Tribunal se ha manifestado ya en otras ocasiones en relación con la inadmisibilidad de introducir criterios de valoración que permitan a los licitadores efectuar ofertas hipotéticas o ilusorias que no se traduzcan en una verdadera ventaja para la Administración, desvirtuando así la finalidad del procedimiento.



Así se señaló, por ejemplo, en la resolución nº224/2011. En aquel caso se trataba de un contrato de servicios donde uno de los criterios de valoración era el número de horas/hombre adicionales que se ofertaban en el caso de que existieran eventos extraordinarios, habiendo ofrecido una de las licitadoras un número “ilimitado”, habiendo señalado este Tribunal:

“El de la oferta presentada por FAIN Ascensores sería un caso límite, cuya aparente ventaja sobre otras ofertas no se utilizaría con toda probabilidad a lo largo de la vigencia del contrato. Pero es que además, por la forma en que está formulada, deviene, en teoría, superior a las ofertas del resto de licitadores, cualquiera que fuera el valor que éstos hubiesen presentado, no siendo posible la comparación con ellas; e impide por otra parte el cálculo de puntuaciones distintas para cada oferta por aplicación de las fórmulas matemáticas contenidas en el pliego, conocidas y aceptadas por todos los licitadores incluida la recurrente. Otorgar cualquier valor a los criterios no cuantificados por FAIN vulneraría los principios de la contratación pública por lo que, en estas condiciones, no se podría llevar a cabo la selección de la oferta más ventajosa de acuerdo con los preceptos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. La única interpretación posible de los pliegos es presentar la oferta cuantificada en todos sus apartados, como han hecho todos los licitadores excepto FAIN, no siendo procedente aceptar los planteamientos del recurso.”

Pues bien, en el presente caso se da una situación similar: si bien la oferta de XEROX puede aparentemente ofrecer a la Administración la ventaja de no estar obligado a pagar una cuota mensual, lo que puede redundar en un ahorro de costes en caso de cumplirse los volúmenes de copias estimados, se trata de una ventaja solo aparente, ante la imposibilidad de cumplir con la reducción que sería necesaria para que su oferta fuera en realidad económicamente inferior a la del resto de licitadores.

Por todo ello, ha de concluirse que el criterio de valoración consignado en el pliego en relación con la cuota mensual fija y las cuotas variables resulta nulo de pleno derecho, al no haber previsto esta posibilidad, dando lugar a que obtenga la máxima puntuación en el criterio económico una oferta que sólo en un escenario del todo improbable podría verdaderamente haber sido la más barata.



Decir no obstante, que para lograr tal objetivo caben distintas soluciones, bien vincular los distintos costes, como propone el órgano de contratación, bien modificando la ponderación de cada uno de los criterios, no dando tanta preponderancia a la cuota mensual, opciones que deberá valorar el órgano de contratación en caso de que decida iniciar un nuevo procedimiento, como parece deducirse de la comunicación remitida a los licitadores.

Deben por ello desestimarse las alegaciones del recurrente, confirmando el acuerdo de desistimiento.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Desestimar el recurso interpuesto formulado por D. M. V. N. A., en nombre y representación de XEROX ESPAÑA, S.A.U., contra el acuerdo del Director Gerente de la Mutua FREMAP, por el que se desiste del procedimiento para la licitación del contrato del “*Servicio de Impresión Gestionado (MPS) para FREMAP Mutua Colaboradora con la Seguridad Social nº61*” (Expte. LICT/99/032/2015/0014), confirmando el mismo.

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 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1 f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.