



Recurso nº 060/2014

Resolución nº 155/2014

## RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES

En Madrid, a 21 de febrero de 2014

**VISTO** el recurso interpuesto por D. F.R.P., en representación de la empresa OFFICE DEPOT, S.L. (en adelante, OFFICE DEPOT o la recurrente) contra la adjudicación del “Acuerdo Marco para los suministros de material de oficina no inventariable y material informático no inventariable en el Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos INVIED E INTA” - expediente 6.00.01.13.0010.00 (13/JC/010) - el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

### ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** La Junta de Contratación del Ministerio de Defensa (en lo sucesivo, la Junta o el órgano de contratación), convocó mediante anuncio publicado en la Plataforma de Contratación del Estado, en el DOUE y en el BOE los días 6, 8 y 14 de agosto de 2013, respectivamente, un acuerdo marco con un solo operador, mediante procedimiento abierto, para la adquisición de suministros de material no inventariable de oficina e informático. El valor estimado del contrato se cifra en 6.635.749,37 EUR. Presentaron oferta seis licitadores, entre ellos la empresa recurrente.

**Segundo.** El procedimiento de contratación siguió los trámites que, para los procedimientos abiertos en los contratos de suministros, contiene el vigente texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre y en las normas de desarrollo de la Ley. El contrato está sujeto a regulación armonizada.

**Tercero.** El Pliego de cláusulas administrativas (PCAP), en su cláusula 13, relativa a las “Ofertas”, establece que deberán contemplar los dos criterios objeto de valoración que se refieren al descuento, en términos porcentuales sobre:

- Criterio C1. Artículos incluidos en el ANEXO A (*Tablas MONI y MINI*).
- Criterio C2. Resto de artículos del *catálogo general del licitador*.

La misma cláusula especifica que “*Se entiende por «catálogo general del licitador» el comercial, generalmente disponible para el público*”.

En la cláusula 14 y en el Anexo C del PCAP, se pondera el criterio C1 con 90 puntos y el C2 con 10 puntos. En dicho Anexo C se detallan las fórmulas para asignar los puntos y se indica que el criterio C1 es objeto de mejora a través de las pujas en la subasta electrónica definida en el PCAP. Se indica también que “*No se fija límite alguno para la apreciación de que las proposiciones no puedan ser cumplidas como consecuencia de ofertas desproporcionadas o anormales...*”.

En cuanto al criterio C2, referido al descuento sobre el precio del resto de artículos (los no incluidos en el listado del anexo A), que estén en el catálogo general del adjudicatario, también se detalla la fórmula para calcular la puntuación (máximo de 10 puntos) y se indica que “*Este criterio **no** será objeto para la realización posterior de la subasta electrónica*”.

**Cuarto.** Tras los trámites oportunos, el 25 de septiembre de 2013 tuvo lugar la apertura de las ofertas económicas. Se emitió informe técnico con la puntuación inicial de las ofertas. En el criterio C2, la mejor oferta (puntuada con 10 puntos) correspondió a la UTE Beyond-UCALSA-RCM JIT (en adelante UTE Beyond) que ofertaba un descuento del 95% sobre el precio de los productos de su catálogo no incluidos en el anexo A. La recurrente OFFICE DEPOT obtuvo en este criterio 4,74 puntos (ofertaba un 45% de descuento). En el informe técnico se indica que, una vez analizados los catálogos presentados por los licitadores:

*“a. El catálogo presentado por los licitadores Office Depot y la UTE STAPLES-SUYFA, no contienen precios unitarios de los artículos relacionados, no pudiéndose efectuar por lo tanto un análisis de los precios que ofrecen, si bien la variedad de productos en ambos casos es adecuada.*”



*b. El catálogo presentado por la UTE: Beyond-UCALSA-RCMJIT en el que se ha ofertado (para productos no recogidos en el catálogo obligatorio del expediente) UN DESCUENTO DEL 95% PARA EL CRITERIO C2, ha sido analizado y se ha realizado un muestreo y una comparativa de los precios de algunos artículos con precios de mercado, observándose que dichos precios se adecúan la mayoría, a aquellos, si bien es cierto que en algunos casos la desviación al alza es considerable.*

*Se ha observado, asimismo, que para determinados productos se exigen "Unidades Mínimas de Venta", no siendo posible adquirir una única unidad".*

El informe concluye que: *"No obstante a todo lo anterior, no habiéndose exigido en los pliegos, ninguna especificación en cuanto al contenido y/o especificaciones de los catálogos de los oferentes, ya sea en cuanto a exigencias en el número de artículos y/o precios de los mismos, este Vocal Técnico, da por correctas todas las ofertas económicas presentadas y el cuadro de puntuaciones".*

**Quinto.** De acuerdo con lo previsto en el PCAP se invitó a los licitadores a participar en la subasta electrónica sobre el criterio C1 de valoración. La subasta tiene lugar el 23 de octubre de 2013. El descuento máximo ofertado fue el de OFFICE DEPOT, que llegó al 37%. Como resultado de la misma, de acuerdo con el informe técnico presentado a la Junta, la UTE Beyond y otros –que ofertó un descuento del 35% en la subasta- quedó clasificada en primer lugar con 95,14 puntos (85,14 en el criterio C1 y 10 en el C2); la recurrente quedó en segundo lugar con 94,74 puntos (90 en el criterio C1 y 4,74 en el C2). Tras los trámites oportunos, la Junta acordó el 19 de diciembre de 2013 la adjudicación del Acuerdo Marco a la UTE Beyond. El acuerdo se notificó a los licitadores el 2 de enero de 2014.

**Sexto.** El 8 de enero tiene entrada en el registro del órgano de contratación escrito de OFFICE DEPOT de interposición de recurso especial, anunciado el día anterior. Solicita que se invaliden las pujas de la UTE Beyond en la subasta electrónica, se anule la adjudicación y se realice una nueva adjudicación en favor de OFFICE DEPOT. Alega que:



- El hecho de que el 95% de descuento en el criterio C2 se aplique *“sobre precios de artículos que en algunos casos tienen una desviación al alza considerable”*, y la exigencia también señalada en el informe técnico de *“un número mínimo de unidades de determinados artículos”*, indica que *“estamos ante una oferta que no puede ser aceptada por la Administración Contratante, ya que se vulneran los principios de igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa”*. El catálogo presentado por la UTE Beyond no puede aceptarse como *«catálogo general del licitador»*, al no ser un *«catálogo generalmente disponible al público»*, como prescribe el PCAP, *“sino que la UTE lo ha generado Ad hoc”*.
- Un descuento del 95% *“está fuera de mercado y vulnera todo criterio de competencia razonable... Podría considerarse razonable un descuento de mercado de hasta el 50%”*.
- Considera también que de aceptarse el catálogo general de la UTE, se vulnera lo establecido en el artículo 150.3.f del TRLCSP, *“que impide contratar con un único criterio de adjudicación basado en precio cuando no están definidos perfectamente o normalizados los productos a suministrar”*.

**Séptimo.** El 22 de enero se recibió el expediente en este Tribunal, acompañado del informe del órgano de contratación en el que concluye que las alegaciones de la recurrente deben ser desestimadas *“ya que carecen de toda base legal. El órgano de contratación ha procedido a la adjudicación de acuerdo con lo propuesto por el Vocal Técnico, debiendo entenderse correctas las ofertas presentadas y las puntuaciones aprobadas”*. Considera que:

- Entender como *«considerable»* un descuento del 95% *“no constituye, per se, un motivo para inadmitir, o no valorar, la oferta presentada por la adjudicataria. Tampoco puede colegirse de esta alegación la conclusión de que se haya producido discriminación alguna entre los licitadores, ya que todos ellos disponían de la misma información, y han podido presentar proposiciones en las mismas condiciones,...”*. Como concluye el informe técnico, al no haber exigido los pliegos ninguna especificación sobre el contenido de los catálogos generales, ni en el

número de artículos o los precios, se dieron por correctas todas las ofertas presentadas.

- Tampoco cabe aceptar el argumento de que el descuento del 95% está «fuera de mercado», puesto que *“los licitadores pueden realizar las ofertas que consideren oportunas, por lo que no se aprecia motivo alguno para inadmitir, o no valorar, la oferta presentada por la adjudicataria”*. Además, el PCAP *“no establece la posibilidad de valorar las ofertas como desproporcionadas o anormales”*.
- En cuanto a la utilización del criterio precio, *“los artículos objeto del contrato... tienen un nivel de definición técnica y funcional prácticamente normalizado en el mercado... por lo que no queda margen significativo para apreciar criterios adicionales de valoración”*.

**Octavo.** El 6 de febrero de 2014, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso a los demás licitadores para que pudieran formular alegaciones. Así lo ha hecho la adjudicataria (UTE Beyond-UCALSA-RCM JIT), para oponerse a la admisión o estimación del recurso.

**Noveno.** El 7 de febrero el Tribunal acordó mantener la suspensión del expediente de contratación, producida como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero.** Se recurre el acuerdo de adjudicación en la licitación de un acuerdo marco sujeto a regulación armonizada, acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, conforme al artículo 40 del TRLCSP. La competencia para resolver corresponde a este Tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de dicha norma.

No obstante, debe precisarse que existe un límite a la competencia de este Tribunal respecto de la pretensión de la recurrente de que se reconozca la adjudicación del Acuerdo Marco en su favor. Como hemos señalado en resoluciones anteriores (como referencia la 191/2012, de 12 de septiembre), la función del Tribunal es *“exclusivamente*

*una función revisora de los actos recurridos..., pero sin que en ningún caso pueda sustituir la competencia de los órganos intervinientes en el proceso de contratación, es decir, del órgano de contratación al que corresponde dictar el acto de adjudicación, so pena de incurrir en incompetencia material sancionada con nulidad radical...".* Por tanto, debe inadmitirse dicha pretensión por falta de competencia de este Tribunal.

**Segundo.** Se han cumplido las prescripciones formales y de plazo establecidas en el artículo 44 del TRLCSP. La empresa OFFICE DEPOT concurre a la licitación por lo que debe entenderse que está legitimada para recurrir su resultado.

**Tercero.** Las cuestiones de fondo a dilucidar se refieren a la formulación y valoración del criterio C2: *"El descuento, en términos porcentuales, sobre el resto de artículos del catálogo general del licitador"*. Los pliegos no exigen ninguna especificación en cuanto al tipo, número o precio de los artículos (distintos de los del Anexo A) incluidos en el catálogo general de los licitadores. El PCAP se limita a indicar que por *"catálogo general del licitador"* debe entenderse el catálogo *"comercial, generalmente disponible para el público"*.

De las disposiciones indicadas, se desprende que lo que se valora con este criterio no es el precio resultante tras el descuento, de una serie de artículos determinados (como efectivamente resulta de la aplicación del criterio C1), sino sólo el descuento que el proveedor está dispuesto a aplicar sobre artículos indeterminados de su catálogo de material no inventariable de oficina o informático, no incluidos en el Anexo A y que, ocasionalmente, se puedan adquirir.

Con la fórmula establecida en el Anexo C del PCAP, a este criterio C2, cuya valoración final es definitiva y previa a la subasta electrónica:

- A la adjudicataria, se le asignan 10 puntos, dado que ofertaba un 95% de descuento sobre los artículos de su catálogo, aunque en algunos de ellos, *"la desviación al alza (sobre precios de mercado) es considerable"*.
- A la recurrente se le puntúa con 4,74 puntos, ya que ofertaba un 45% sobre una *"variedad de productos... adecuada"*, si bien su catálogo *"no contiene precios unitarios de los artículos relacionados, no pudiéndose efectuar por lo tanto un análisis de los precios que ofrecen"*.

La definición del PCAP respecto a lo que deba entenderse por «*catálogo general del licitador*», -que sea un catálogo “*comercial, generalmente disponible para el público*”- es muy genérica y permite, como hace el informe técnico, considerar como tales tanto el de la recurrente, que no incluye precios, como el de la adjudicataria que incluye artículos en los que la desviación al alza respecto a los precios de mercado es considerable. En estas condiciones no es posible comparar las ofertas presentadas, puesto que los descuentos propuestos se aplican sobre artículos y precios unitarios diferentes o indeterminados.

Se otorga una puntuación relevante a un criterio de precio -el criterio C2- mal definido, inconsistente y falta de transparencia, que puede provocar un trato discriminatorio entre los licitadores y hacer recaer la adjudicación en una oferta que no sea necesariamente la más ventajosa económicamente.

Aun en el caso de que los catálogos generales incluyeran los precios unitarios de los artículos incluidos, la comparación y puntuación del descuento ofertado carecería de sentido por cuanto se refiere a conjuntos de artículos distintos (los del catálogo de cada licitador) y unos precios unitarios sobre los que aplicar el descuento, también diferentes.

En conclusión, al no haberse establecido previamente los artículos y precios de referencia sobre los que aplicar el descuento relativo al criterio C2, se ha incurrido en arbitrariedad y las cláusulas del PCAP relativas a ese criterio incurren en un vicio de nulidad de pleno derecho, por colisionar con los principios rectores de la contratación del sector público exigidos por la normativa comunitaria y contemplados en el vigente TRLCSP, en su artículo 1.

Al declarar la nulidad del criterio C2 de adjudicación, es obligado declarar también la nulidad del proceso de licitación, puesto que como ha declarado ya el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recoge también su Sentencia de 4 de diciembre de 2003 (asunto C-448/01, EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria) “*los principios de igualdad de trato y de transparencia de los procedimientos de adjudicación implican que las entidades adjudicadoras deben atenerse a la misma interpretación de los criterios de adjudicación a lo largo de todo el procedimiento... De ello se deduce que, en el caso de que el órgano que conoce del recurso anule una decisión relativa a algún criterio de adjudicación, la entidad adjudicadora no puede continuar válidamente el procedimiento de adjudicación haciendo abstracción de dicho criterio, puesto que ello equivaldría a*

*modificar los criterios aplicables al procedimiento en cuestión”. Y concluye que “La normativa comunitaria aplicable a los contratos públicos obliga a la entidad adjudicadora a cancelar la licitación cuando, en el marco del procedimiento de recurso... se declare la ilegalidad de una decisión relativa a alguno de los criterios de adjudicación y, por tal motivo, dicha decisión sea anulada por el órgano que conoce del recurso”.*

Todo ello conlleva a la estimación del recurso con expresa declaración de nulidad de la adjudicación y la necesidad, en su caso, de poner en marcha un nuevo procedimiento de licitación, donde se tengan en consideración los fundamentos expuestos sobre la plasmación en los pliegos, en su caso, de los criterios para una correcta apreciación de los descuentos que presenten las empresas licitadoras, relativos a los artículos no incluidos en el Anexo A del PCAP.

Por todo lo anterior,

**VISTOS** los preceptos legales de aplicación,

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

**Primero.** Estimar parcialmente el recurso interpuesto por D. F.R.P., en representación de la empresa OFFICE DEPOT, S.L. contra la adjudicación del *“Acuerdo Marco para los suministros de material de oficina no inventariable y material informático no inventariable en el Ministerio de Defensa y sus Organismos Autónomos INVIED E INTA”* y anular los pliegos y retrotraer las actuaciones al momento previo a su aprobación al objeto de que, de acuerdo con los criterios expuestos en el fundamento tercero de esta resolución, se suprima el criterio de valoración C2 o bien se refiera el descuento a artículos y precios de referencia definidos en los pliegos o en la documentación anexa a los mismos.

**Segundo.** Dejar sin efecto la suspensión del procedimiento producida de conformidad con lo establecido en el artículo 45 del TRLCSP.

**Tercero.** 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 de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 11.1, letra f) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.