

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL DE RECURSOS CONTRACTUALES
RESOLUCIÓN 426/2016

Recurso nº 383/2016

Resolución nº 426/2016

En Madrid, a 3 de junio de 2016.

VISTO el recurso formulado por D. A.A. L. R, en nombre y representación de la mercantil STENDHAL MUSEUM SOLUTIONS, S.L. (en adelante STENDHAL), contra el acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado de 21 de abril de 2016 por la que se adjudica a la entidad SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES S.L. (en adelante SICOMORO) el contrato para el “Servicio de gestión del Centro de Atención al Visitante” (expediente 16AN0257); el Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

I. ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero. El órgano de contratación, el Museo Nacional del Prado, inició procedimiento de contratación para la adjudicación del contrato para el servicio de gestión del Centro de Atención al Visitante (expediente 16AN0257).

Segundo. El procedimiento se desarrolló por los trámites del procedimiento negociado sin publicidad, de conformidad con lo señalado en el artículo 170 a) del 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), al haberse declarado desierto el anterior procedimiento abierto.

Tercero. Presentadas las ofertas y 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 nº 2 relativo a la

oferta que contenía los criterios técnicos y económicos al prever el pliego su presentación conjunta. Emitido el oportuno informe, se acuerda por la mesa de contratación elevar al órgano de contratación la propuesta de adjudicar el contrato a favor de SICOMORO, por entender que dicha entidad había formulado la oferta económicamente más ventajosa, según los criterios contenidos en el pliego. No consta que se abriera periodo de negociación alguno con los licitadores.

Cuarto. El órgano de contratación dicta acuerdo adjudicando el contrato a dicha empresa el 21 de abril de 2016, notificándose a las licitadoras el mismo día.

Quinto. Frente al citado acuerdo, STENDHAL formula recurso especial el 9 de mayo de 2016. 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 mayo de 2016, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan las alegaciones que a su derecho conviniesen, habiendo evacuado el trámite TIQUETEO SPAIN S.L. y SICOMORO.

Sexto. El 19 de mayo de 2016 se dictó por la Secretaria del Tribunal por delegación del mismo, resolución acordando el mantenimiento de la suspensión del procedimiento de licitación producida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 45 del TRLCSP.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.1 y 5 del TRLCSP y en el artículo 22.1.1º del Reglamento de los procedimientos especiales de revisión de decisiones en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, aprobado por Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre (RPERMC).

Segundo. El recurso se interpone frente a un acto recurrible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40.2 c) del TRLCSP, al tratarse del acuerdo de adjudicación. 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) del TRLCSP.

Tercero. El recurso está interpuesto en tiempo y forma por persona legitimada para ello, de conformidad con lo señalado en los artículos 42 y 44 del TRLCSP, por tratarse del licitador clasificado en segundo lugar, por lo que una eventual estimación del mismo podría dar lugar a la adjudicación del contrato en su favor.

Cuarto. En su recurso STENDHAL efectúa las siguientes alegaciones:

a) La valoración de la oferta económica efectuada por la mesa de contratación es contraria a derecho por tres motivos:

- por haber valorado la oferta correspondiente al criterio “comisión por venta de entradas de acceso individual” apartándose de lo expresamente previsto en el pliego;
- por haber otorgado la máxima puntuación en el criterio “precio” a una oferta que era en su conjunto más cara que la formulada por la recurrente;
- por no haber motivado los puntos otorgados al resto de licitadores, al haberse apartado la mesa de contratación de la fórmula prevista en el pliego.

b) El procedimiento es nulo de pleno derecho, al no haberse efectuado negociación alguna con los licitadores tras la apertura de las ofertas.

A las anteriores alegaciones da respuesta el órgano de contratación en los siguientes términos:

a) En cuanto a la valoración de la oferta:

- considera que la mesa de contratación aplicó la fórmula prevista en el pliego, si bien fue necesario efectuar un ajuste de carácter puramente matemático, asignando a la oferta de SICOMORO un valor de 0,01 en lugar de 0 para resolver la paradoja matemática que de otro modo origina la aplicación estricta de la fórmula y ello en línea con la doctrina emanada del TACRC;

- por tal motivo, entiende que la oferta presentada por SICOMORO es la más barata teniendo en cuenta los criterios contenidos en el pliego, que no fue impugnado por la recurrente;
- y también por tal motivo entiende que la asignación del resto de puntos se encuentra perfectamente motivada, pues es el resultado de la aplicación de la fórmula contenida en el pliego, una vez realizado dicho ajuste matemático.

b) En cuanto a la falta de negociación, el órgano de contratación inicialmente sostuvo en su informe de 12 de mayo de 2016 que la negociación se había hecho únicamente con un licitador, sin que la ley exija que la negociación se efectúe con todos los licitadores. En el informe complementario de 20 de mayo de 2016, el órgano de contratación explica, sin embargo, que la falta de negociación fue consecuencia de la imposibilidad práctica de efectuar tal periodo de negociación, debiendo darse preponderancia a la defensa del interés general, dada la necesidad de adjudicar el contrato antes del vencimiento del actualmente vigente, pues de otro modo, sería imposible dar el servicio correspondiente a los ciudadanos.

Quinto. Por razones sistemáticas, se va a comenzar por analizar la última de las alegaciones efectuadas por la recurrente.

Este Tribunal tiene construida una doctrina sólida en relación con la necesidad, so pena de nulidad de pleno derecho, de que en los procedimientos negociados se abra una verdadera y efectiva fase de negociación con los distintos candidatos en orden a determinar cuál de las ofertas es la económicamente más ventajosa, en virtud de los criterios previstos en el pliego y si no se hiciera así, el procedimiento será nulo de pleno derecho.

De este modo dijimos recientemente en la Resolución 69/2016, de 29 de enero, con referencia a la extensa y constante doctrina elaborada ya desde la Resolución 50/2011:

“De conformidad con el régimen expuesto, resulta claro que en el procedimiento negociado el órgano de contratación debe garantizar la igualdad de trato entre los solicitantes y que debe existir, tras la presentación de las ofertas iniciales, una negociación de sus términos, siempre dentro de lo permitido en el Pliego. A ello ha de añadirse, por garantizar el principio de transparencia, la necesidad de dejar constancia de la negociación en el expediente, a efectos de que cualquier licitador pueda comprobar la realización y

desarrollo de esta fase que, más que estar permitida, constituye una fase necesaria, como se ha expuesto, en el desarrollo de este proceso de adjudicación”.

De lo expuesto en esta resolución cabe concluir la necesidad de estimar el recurso en este punto, dando respuesta a los dos argumentos del órgano de contratación. En primer lugar, en cuanto a la posibilidad de abrir la negociación solo con uno de los licitadores, además de que no consta tampoco que así se hiciera, lo cierto es que el artículo 178.1 del TRLCSP claramente veda tal posibilidad, al señalar que el órgano de contratación debe velar porque todos los licitadores reciban igual trato, garantía que difícilmente se cumple si la negociación se abre solo con uno de los candidatos.

En cuanto a la segunda argumentación, básicamente la necesidad de salvaguardar el interés general derivado de la pronta adjudicación del contrato, desde luego no es argumento suficiente para eliminar del procedimiento un trámite que, como ya se ha dicho, se ha considerado esencial, pues ello permitiría a la Administración, en aras de esa defensa del interés general, hurtar a los administrados el debido procedimiento, lo que resulta de todo punto inadmisibles en un Estado de Derecho.

Por todo ello, debe estimarse el recurso en este punto, declarando la nulidad de pleno derecho del procedimiento.

Sexto. Pese a la estimación del anterior motivo, resulta necesario entrar a conocer del resto de alegaciones formuladas en el escrito de recurso pues, en caso de desestimarlas, bastará con retrotraer el procedimiento al momento de apertura de las ofertas, al objeto de que se proceda a efectuar la negociación exigida legalmente, mientras que si se estiman, habrá que anularse completamente la licitación, debiendo el órgano de contratación, si lo estima conveniente, iniciar un nuevo procedimiento.

En relación con la valoración de la oferta económica realizada por la mesa, la recurrente critica varios aspectos. El primero de ellos consiste en el hecho de que, al valorar la oferta de SICOMORO, se le han otorgado 30 puntos mediante la aplicación de un ajuste matemático no previsto en el pliego, al haber considerado su oferta en relación con el criterio “comisión por venta de entradas de acceso individual” como “0,01 €/entrada”, cuando en realidad la oferta efectuada era de “0 €/entrada”, oferta que resultaba inadmisibles por hacer inservible la aplicación de la fórmula prevista en el pliego.

Este Tribunal ha tenido ya ocasión de pronunciarse sobre la admisibilidad de este tipo de ofertas con valor "0" o "ilimitado". Efectivamente, en un supuesto similar al que ahora se plantea, se señaló en la Resolución 661/2014:

"En este caso, por tanto no se trata de una oferta de realización imposible, sino que, por el contrario, se trata de una oferta concreta, que es perfectamente valorable por la Administración y de la que sí podrá beneficiarse materialmente, constituyendo para ésta una ventaja cuantitativamente igual a la diferencia entre el precio ofertado por el resto de licitadores y el ofrecido por SAN FROILAN. No estamos ante un supuesto en que el licitador utiliza torticeramente la fórmula matemática del pliego para eliminar la competencia, al ofrecer un servicio a sabiendas que es de imposible realización y por tanto sin coste alguno para él, sino que ofrece un servicio que es de interés para la Administración, asumiendo el riesgo de que tal servicio podrá serle exigido y como tal ha sido expresamente valorado en los pliegos.

El hecho de que la valoración de la oferta efectuada dé lugar a una mayor igualdad entre el resto de licitadores es consecuencia de la fórmula elegida por el órgano de contratación, que no es probablemente la más respetuosa con el principio de proporcionalidad. No obstante, los pliegos no fueron discutidos por ninguno de los licitadores, que aceptaron expresamente su validez y por tanto no puede dar lugar en ningún caso a la exclusión de la oferta efectuada, que cumple, en principio, con todos los requisitos exigidos en los pliegos.

De hecho, si se hubiera efectuado una oferta muy a la baja, pero superior a 0, por ejemplo, de 1 céntimo de euro la hora, el resultado sería el mismo: que el resto de licitadores obtendrían prácticamente 0 puntos y sin embargo difícilmente podría argumentarse que la oferta había sido formulada de forma errónea."

Aplicando la anterior doctrina a este supuesto, nos encontramos con la misma situación: la oferta de 0 euros por la comisión por venta de entradas de acceso individual constituye una oferta determinada y que, en principio y sin perjuicio de lo que a continuación se dirá, constituye una inmediata ventaja para la Administración, pues tendrá el mismo coste con independencia del número de entradas vendidas.

El ajuste efectuado por el órgano de contratación pretende únicamente resolver la paradoja matemática que plantea la división 0/0, pero ningún perjuicio causa a los licitadores, ni vulnera por sí misma la fórmula

matemática contemplada en el pliego, en la medida en que permite cumplir con los requisitos exigidos por la ley.

Ello ha de llevarnos también a desestimar el tercer submotivo esgrimido por la recurrente, relativo a la falta de motivación de la puntuación, pues en el informe del órgano de contratación se explicó adecuadamente el ajuste realizado y el resultado del resto de puntuaciones es el resultado matemático de la aplicación de la fórmula contemplada en el pliego, una vez realizado el anterior ajuste, por lo que no existe falta de motivación alguna de las puntuaciones asignadas a cada licitador.

Dicho esto, procede sin embargo entrar a valorar el segundo de los submotivos planteados por la recurrente, al entender que, con la fórmula aplicada, se está vulnerando el principio de libre concurrencia e igualdad de trato, al haberse dado mayor puntuación a una oferta que es en realidad más cara que la formulada por la recurrente.

Efectivamente, de los datos obrantes en el expediente se comprueba la exactitud del cuadro que obra en la página 15 del escrito de recurso:

	Estimación número de entradas no gratuitas	STENDHAL	SICOMORO	CLORIAN	SECUTIX
Coste fijo mensual		40.000 €	85.000 €	60.000 €	55.000 €
Comisión entrada individual	121.637	0,25 €	0 €	0,40 €	0,35 €
Comisión entrada en grupo	270.824	0,35 €	0,45 €	0,40 €	0,25 €
Comisión servicios		0,5%	5%	3%	1,5%
Valor total		165.197,65 €	206.870,80 €	216.984,40 €	165.278,95 €

A la vista de los anteriores, podría parecer que efectivamente la oferta más barata es la de la recurrente y no la de SICOMORO. Ahora bien, debe recordarse que el PPT establece una simple estimación del número de entradas en cada caso, a partir de las ventas en el periodo 1/1/2015 a 31/12/2015. No puede por tanto

ignorarse que la oferta de SICOMORO sí podría llegar a ser la más barata, en caso de que el número de entradas finalmente vendidas sea superior al estimado en los pliegos, por lo que no resulta válido sin más el argumento de que, en su conjunto, la oferta de STENDHAL era más barata, ya que la valoración de los distintos criterios económicos, según el pliego, debía hacerse de forma separada: por un lado el coste fijo y por otro los distintos costes variables, calculados en este último caso de forma unitaria.

La admisibilidad de este tipo de criterios ha sido ya abordada por este Tribunal en un supuesto muy similar en la Resolución 64/2016: el precio se desglosaba en un coste fijo y varios costes variables y uno de los licitadores ofrecía un coste fijo de 0 euros, pero ofrecía costes variables mucho más altos que el resto de licitadores, no obstante lo cual, como consecuencia de la ponderación de su oferta, hacía que ésta fuera la económicamente más ventajosa.

A este respecto señalamos: “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 nº 224/2011. 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”

Efectivamente, teniendo en cuenta la estimación de entradas, la diferencia entre la oferta de SICOMORO y la de STENDHAL en ese criterio es de unos 30.000 euros más barata la de SICOMORO, mientras que la diferencia en los costes fijos es de 45.000 euros más barata la de STENDHAL. En el caso del criterio relativo a la venta de entradas en grupo, la oferta de SICOMORO es de algo menos de 30.000 euros más cara que la de STENDHAL. Por tanto, solo vendiendo más del triple de entradas de acceso individual frente a las previstas en el PPT en los dos años de contrato sería posible que la oferta de SICOMORO fuera la más barata y eso solo si el número de entradas de acceso en grupo se mantiene igual, pues si aumenta, el coste de la oferta de SICOMORO será todavía mayor.

Es decir, a la vista de las ofertas presentadas por los licitadores en este procedimiento, observamos una situación similar: la oferta de SICOMORO solo será económicamente más ventajosa para la Administración desde el punto de vista del precio si se vendieran más del triple de las entradas de acceso individual estimadas en el PPT y ello solo si la estimación de venta de entradas en grupo se mantiene igual a lo previsto en el mismo, lo que resulta de todo punto improbable, por lo que la ventaja de la oferta de SICOMORO, que ha obtenido la mayor puntuación en el criterio económico es solo aparente o ilusoria, lo que constituye un vicio de nulidad de la licitación, al frustrarse el objetivo fundamental de la valoración: identificar la oferta económicamente más ventajosa.

Por todo ello, ha de estimarse esta alegación, anulando el procedimiento.

Finalmente, y aunque no haya sido alegado por ninguna de las partes, una vez que se ha anulado el procedimiento, este Tribunal quiere llamar la atención sobre una última cuestión que se ha observado en el pliego y que podría constituir también una causa de nulidad de pleno derecho.

En el pliego se estableció que todos los aspectos de la oferta se incluirían en un mismo sobre, valorándose conjuntamente todos ellos, pese a que se habían de valorar tanto criterios evaluables mediante fórmula como criterios sujetos a juicios de valor.

En este sentido, el artículo 150.2 del TRLCSP en su párrafo tercero señala:

“La evaluación de las ofertas conforme a los criterios cuantificables mediante la mera aplicación de fórmulas se realizará tras efectuar previamente la de aquellos otros criterios en que no concurra esta circunstancia, dejándose constancia documental de ello. Las normas de desarrollo de esta Ley determinarán los supuestos y condiciones en que deba hacerse pública tal evaluación previa, así como la forma en que deberán presentarse las proposiciones para hacer posible esta valoración separada.”

Por su parte, el artículo 26 del Real Decreto 817/2009, de mayo, que lo desarrolla, establece: “La documentación relativa a los criterios cuya ponderación dependa de un juicio de valor debe presentarse, en todo caso, en sobre independiente del resto de la proposición con objeto de evitar el conocimiento de esta última antes de que se haya efectuado la valoración de aquéllos.”

Debe aclararse en este punto que se trata de un precepto aplicable tanto a los procedimientos abiertos como a los procedimientos restringidos y negociados, pues ninguna distinción hace el precepto y se encuentra sistemáticamente ubicado en la Sección primera del Capítulo 1º del Libro III del TRLCSP, que regula las normas generales aplicables al procedimiento para la adjudicación de los contratistas.

Por tanto, la introducción de las ofertas en el mismo sobre y su valoración conjunta por parte de la mesa de contratación constituye igualmente una vulneración de las normas de procedimiento exigibles, además del principio de transparencia e igualdad de trato que determina la nulidad de pleno derecho de la licitación.

Por todo lo anterior, VISTOS los preceptos legales de aplicación ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada el día de la fecha **ACUERDA:**

Primero. Estimar el recurso formulado por D. A.A. L. R, en nombre y representación de la mercantil STENDHAL MUSEUM SOLUTIONS, S.L., contra el acuerdo de la Directora Adjunta de Administración del Museo Nacional del Prado de 21 de abril de 2016 por la que se adjudica a la entidad SICOMORO SERVICIOS INTEGRALES S.L. el contrato para el “Servicio de gestión del Centro de Atención al Visitante” (expediente 16AN0257), anulando el procedimiento de licitación.

Segundo. Levantar la suspensión producida con arreglo a lo dispuesto 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 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.